RACCOLTA DI TRATTATI E MEMORIE DI LEGISLAZIONE E...

RACCOLTA
DI
TRATTATI E MEMORIE
DI
LEGISLAZIONE
E
GIURISPRUDENZA CRIMINALE

TOMO QUARTO

FIRENZE
NELLA TIPOGRAFIA DI LUIGI PEZZATI
MDCCCXXI

DEL FURTO E SUA PENA

TRATTATO

DI ALBERTO DE SIMONI

GIURECONSULTO

CON ALCUNE OSSERVAZIONI GENERALI IN MATERIA CRIMINALE

Hoc quo pertineat, dicet, qui noverit.
Phaed. lib. III. fab. 1. vers. 7.

ALL' ILLUSTRISSIMO SIGNOR

DON ALBERTO DE SIMONI

CELEBRE GIURECONSULTO.

PEL SUO LIBRO DEL FURTO E SUA PENA

NEOMENE TRIVIO P. A.

SONETTO.

Del Reto suol di quà dall'alpi io vidi
Poc' anzi il Genio insuperbirsi tanto,
Che dei vicini, e dei rimoti lidi
Più eccelso, e illustre ai s'arrogava il vanto.

Chiesi stupito, e d' onde mai confidi
Trar sì distinto pregio, e onor cotanto?
Non odi, ei disse, quai di laude gridi
Al saggio ALBERTO sorgon d'ogni canto?

Nel suo libro ei d' antica alta dottrina
Tai fonti aprì, che sembra in Lui raccolto
Tutto il saver della Città Latina.

Ond' è ch' ogni Paese a Lui rivolto,
All' ingegno suo grande umil s' inchina,
E il primo onor da Lui piange ai suoi tolto.

NON PARVA EST PRUDENTIAE PRAEROGATIVA,
SI QUIS ARTE QUADAM ET DECORE
SPECIMEN SUI APUD ALIOS EXHIBERE POSSIT.

Baco a Verulam. lib. VIII de Augment. Scient. Cap. 2 pag. 433

A CHI LEGGE.

L' autore della presente operetta è ben lontano dal pretendere di confutare, o censurare il libro dei *delitti, e delle pene*, che non si reputa egli da tanto, e professa aozi un' alta stima sincerissima, a di quello scrittore, e di quel di lui scritto. Ma anche occhio volgare, e meoo esperto può riconoscere il pregio di un' eccellente dipintura, e rilevarne nello stesso tempo senza taccia di ardire qualche tratto, che a lui sembri meno accurato, o meno giusto; a la lode di un qualunque lavoro, o sia d'arte, o sia d'ingegno è sempre mano sospetta, quando non a tutte egualmente si estende le parti, che il compongono; ciascheduna delle quali appena è possibile, che ne abbia agevole il merito. Per la qual cosa dovendo pure chi prende a scrivere di un argomento tanto affine all' opera antidetta, di essa tratto tratto far parola, non fia maraviglia, cha noo a tutte le opinioni in qualla comprese soscrivasi quasi alla cieca. Conosce ben' egli altronde troppo mancante questa sua operetta di quel pregio, cha rendala degna dell' approvazione de' saggi uomini, e letterati. Ma si lusinga, che il suo genio agli studj legali, e la buona volontà di giovare con essi all' umana società, possa guadagnarsi quel benigno compatimento, che servagli di stimolo ad applicarvisi con sempre maggiore impegno, e a rendersi utile al pubblico coll' avanzarsi negli anni non per ancha a tanto uopo abbastanza maturi.

§. I.

INTRODUZIONE

Sopra il motivo e l' oggetto dell' Opera.

Lo spirito di riforma, e di sistema, ch'ora mai non senza qualche trasporto, e fanatismo ha invasi i genj più elevati sopra la sfera del volgo, o i più accreditati pensatori della nostra età, se mai in alcun' altra parte dello stato civile, in quella singolarmente si dovrebbe impiegare, in cui trattasi in ispecial modo della vita, e fortuna de' cittadini, depositata nelle mani de' magistrati destinati a punire i misfatti, che si commettono nella civile società.

L' autore ingegnoso del celebre trattato *dei delitti e delle pene* ha preteso di segnare le norme, su le quali deggiasi la criminale giurisprudenza ridurre a que' limiti, che la ragione prescrive. Il di lui piano, e sistema l' ho pur io veduto espresso in gran parte nella istruzione per un nuovo Codice di leggi proposta dalla Imperatrice Regnante delle Russie. E a dire il vero, siccome questa istruzione pervenne alle mie mani prima del detto trattato, così al legger poi questo, stimai che quella data ne avesse all' autore l' occasione, e l' idea. Debbo ora ricredermi, e disingannar qualche altro, che fu meco in questo errore; e il fo ben volentieri, dacchè vengo assicurato, che quando nulla era uscito per anche dalla Corte di Pietroburgo su questo argomento, venne l' opera del nostro autore sotto

gli occhi di quella Sovrana, che lessela con alta approvazione, e ne adottòle massime per tal modo, che buona parte di esse riportonne con fedel traduzione in quel suo progetto di nuova legislazione, che por diede alla luce. Questo solo bastar potrebbe a gran commendazione dell'autore, e dell'opera. In fatti ha egli con energico stile notati da buon filosofo, e perseguitati i più madornali errori, non solo non osservati fin ora comunemente, ma che hanno prevaluto, e dominato per sì gran tempo, quali regole nel Foro, ed ha perorato da valente avvocato la causa dell'umanità contro la superstiziosa prevenzione, che ha fatalmente affascinati gl'intelletti de' criminalisti nostri per certe leggi, o mal intese, e peggio applicate, o stabilite dalla barbarie, e dal fanatismo, e certe rancide e viete opinioni insegnate, o dalla ignoranza o dall'interesse. Non è però (per nulla dissimulare), che io approvi, o lo stile bisognoso sovente di un qualche Edipo, che ce l'interpreti, e che prende ora mai gran piede fra molti letterati del nostro secolo contro il fine, che vuole principalmente intendersi nel parlare, e nello scrivere, che è di spiegare chiaramente ad altri i proprj interni concetti, o certi troppo astratti principj, o alcune particolari sue opinioni, delle quali tratterò a suo luogo.

Intanto poichè queste cose tutte non tolgono il molto pregio della opera *dei delitti e delle pene* io era pieno di essa, e della filosofia in essa racchiusa, quando mi convenne vedere nella mia patria, posciachè furono vani i miei sforzi per sottrarnelo, cader vittima sotto la spada del carnefice un infelice non d'altro reo, che di alcuni furti semplici. Fu invano ch'io dicessi con forti argomenti, che un tal delitto non poteva essere suscet-

tibile della pena di morte secondo il diritto di natura, e la natural filosofia, e secondo che ordinò già lo stesso Divin diritto. Mi si apriano avanti le municipali leggi barbare ed inumane, avanzo de' secoli e costumi selvaggi, ammasso di disordinati ordini stabiliti da un popolo condotto e guidato da' pregiudizj bevuti quasi col latte, da un popolo sempre immerso in interne ed esterne discordie e guerre, da un popolo finalmente posto agli ultimi confini dell' Italia quasi *extra anni solisque vias* in mezzo a' monti, e fra le vette algenti delle Alpi Retiche. Queste leggi di fatto vogliono che si sacrifichi all' altare dell' interesse la vita preziosa d' un uomo reo soltanto d' un semplice e piccolissimo furto.

Caldo di questa controversia presi la penna a trattar di proposito del gastigo corrispondente per equità e giustizia al furto semplice. E quel che allora ne scrissi, è ciò appunto, ch' io presentemente produco agli occhi del pubblico; ma da queste quasi prime mie mosse fommi qui a trascorrere quel più ampio campo di materie varie, che come a questa affini naturalmente mi si presentano, e senza le quali digiuna, e poco utile riuscirebbe la trattazione dell' assunto, che ebbi da prima in vista. Con che intendo in somma di fare più a mio ammaestramento, che per insegnare ad altrui, una specie di appendice, e quasi commento al libro mentovato *dei delitti, e delle pene*, con quella libertà però, che vuol accordarsi ad ogni scrittore di tener dietro, benchè *non passibus æquis* alle orme di chi mi ha preceduto per tal modo, cha possa dipartirmene, ove a me sembrino declinanti dal vero. Che se dal ritiro di un solitario gabinetto, in cui mi ha portato, quasi ad asilo, dalla confusione di un tumultuoso politico sistema il genio di privata-

mente meditare su la costituzione dell' umana natura, e su vari rapporti morali dell' umana civile società, potrà giungere la mia voce a farsi sentire fra lo strepito de' tribunali, a ferire l' animo de' giudici, ed a scuotere con forza dalla loro mente la prevenzione per le già abbracciate e prevalute opinioni, e per gl' inveterati pregiudizi, sarà pur questo un gran piacere per me, e il più desiderato frutto di questa tenue mia fatica.

Essa è parto de' primi giovanili miei studj, ma che ora soltanto, cioè dopo alcuni anni, ardisce di uscire alla pubblica luce, e qualunque ella sia la sottometto alla censura de' saggi, desideroso bensì della loro approvazione, ma nulla meno sollecito dell' autorevole lor giudizio.

§. II.

Del diritto Romano intorno i furti

Il diritto Romano, ove forse merita correzione, lo vediamo ad occhi chiusi seguitato, e nella parte poi che riguarda la giurisprudenza criminale, e la pena de' furti semplici singolarmente, comecchè alla ragione naturale più consentaneo, negletto e trascurato. Questo diritto, benchè secondo la legge Decemvirale condannasse alla morte il servo (dico il solo servo) reo d' un semplice furto, (poichè i servi dalla superstizione di que' tempi non erano per dir così considerati come uomini, ma come poco più delle bestie irragionevoli, perchè privi sempre d' ogni diritto di personalità); anche in questa parte fu riformato da poi dall' equissimo editto del Pretore, che finitò la pena del furto semplice manifesto alla sola pecuniaria del quadruplo, tanto per i

liberi, che per li servi, e rispetto poi al furto non manifesto fu conservata dal Pretore nel suo editto la pena medesima stabilita nelle leggi Decemvirali, le quali niente più esigevano, che la restituzione del doppio.

Questo editto pretorio fu interamente conservato da Giustiniano nelle sue Istituzioni; *Pœna manifesti furti quadrupli est tam ex servi quam ex liberi persona, non manifesti dupli* (1). Anzi Giustiniano medesimo nelle sue novelle Costituzioni stimò secondo la ragione naturale di proibire con espressa sanzione, che per furti nè si mutilassero per veruna guisa i rei, nè si facesse chicchessia morire, dovendo un tal delitto essere tutt' altramente castigato: *pro furto nolumus omnino quodlibet membrum abscindi aut mori, sed aliter eum castigari*. (2)

Questa massima di equità e di giustizia del diritto Romano, e la costante pratica de' tribunali Romani di non condannare a morte un reo di semplice furto, ci viene confermata e autenticata dallo storico Paolo Orosio (3), il quale poiche ebbe raccontato il fatto di Fabio Censorino, che trasportato da un fanatico zelo uccise il proprio figlio sospetto di furti semplici, così lo va detestando, *dignum scilicet facinus quod pater vel paricidio plectendum duceret, quod ne leges quidem nisi mulcta pecuniæ, aut ad summum exilii circa quemlibet hominum censuerunt*. Catone ancora lasciò scritto, che i Romani *sic habuerunt, et ita in legibus posuerunt furem dupli condennari*. (4)

(1) *Instit. lib. IV. Tit.* 1 § 5.
(2) *Novell. Costit. CXXXIV. cap.* 13.
(3) *Hist. lib. IV. cap.* 13
(4) *De Re Rustica in Proem.*

Aggingasi, che l' antica filosofia, e giurisprudenza Romana riputava assai maggiore del delitto di furto quello dell' usura, e questo stesso nondimeno non era presso d' essi delitto di morte: *Majores nostri sic habuerunt*, egli è il citato Catone, che l' afferma, *et ita in legibus posuerunt furem dupli condemnari, fœneratorem quadrupli, Quanto pejorem civem existimavarunt fœneratorem quam furem hinc licet existimare*. Ma che direbbe Catone, e con esso i più severi Romani, se ritornar potessero a vedere qualche crudele usurajo, non che passarsela impunito, ma godersi in un pacifico possesso, e gran dovizie, e titoli speciosi, frutti non d' altro, che del denaro iniquamente accumulato, e per il contrario un semplice ladro vituperato più che uno spietato sicario, e mandato a subire una penosa morte sopra un infame patibolo? Che più? il medesimo abigeato, benchè comunemente riputato per un delitto maggiore del furto semplice, e punito da altri con pena di morte, non fu da' Romani castigato colla morte naturale, come abbiamo da Licinio Ruffino, *atroces pecorum abactores plerumque ad gladium vel in metallum, nonnunquam autem ad opus pubblicum dantur. Atroces autem sunt qui equos et greges ovium de stabulo vel de pascuis abiguat* (5). Nè perchè il testo di Ruffino dica *ad gladium*, deesi intendere al taglio della testa, come qualche nostro prammatico l' ha voluto interpretare, poichè secondo che ben riflettono gl' interpreti di migliore scuola e di miglior intendimento, qual è il Cujacio, e Dionigi Gotofredo (6) con

(5) *In Collat. leg. Mosaicar. et Roman. tit. de Abigejo*

(6) *Cujaccius Paratil. 10 observ. 10. et Gottofredi in nota ad l. primam de abigeis*

tutti i migliori Critici, e delle latine formole più intendenti condannare *ad gladium* era condannare al vile mestiero di gladiatore, cioè *ad ludum gladiatorum*.

Egli è vero, che secondo le leggi Romane era permesso l'uccidere un ladro notturno, e quello ancora, che di giorno con armi alla mano avesse commesso il furto, ma ciò aveva per unico oggetto la sicurezza, e la difesa della vita de' privati, ai quali veniva dal ladro facinoroso fatta violenza, e però si considerava il ladro non come tale semplicemente, ma come aggressore ingiusto della persona, e vita altrui, come notò S. Agostino (7), ove disse: *hoc etiam in antiquis legibus sæcularibus invenitur, impune scilicet occidi nocturnum furem quo quo modo, diurnum autem si se telo defenderet jam enim plus est quam fur*; e Cicerone ancora con Seneca, ed Ulpiano (8) così l'intese.

Suscettibili e degni della morte naturale non erano presso i Romani, e secondo quel diritto se non i ladroni *latrones*, sotto la qual denominazione s'intendono i grassatori, o siano i ladri publici delle strade, come è costante persuasione presso tutti i migliori interpreti *sed latronis verbo sicarii qui vias publicas, vel proprie qui obsident latera viarum quasi laterones dicuntur* (9) Quindi malamente si comprenderebbero sotto il nome di *latrones* anche i rei di furto semplice per giustificare la pena di morte, con cui si vogliono punire,

(7) *Cap. extra de Homicid. Volunt. vel Casual.*

(8) *Cic pro Milone cap. III. Seneca Controvers. lib. X. Cap. 6 pag. 427. Ulpian, apud auctor. Mat. leg. Mosaic. et Roman. VII. 3. pag. 759.*

(9) *Festus in voce latro, cui adde Plautum in milite glorioso Act. 1. Scen. 1. et Virgil. Eneid. lib. XII. vers. 7.*

fondandosi su la legge Romana, che condanna alla croce i ladroni (10). In questo errore è caduto il buon Accursio tra gli altri pensando, che per *latrones* intendessero i latini genericamente tutti i ladri. E da questo sbaglio de' nostri antesignaoi interpreti, va opinaodo il Bodino, che derivati siano i supplicj così acerbi e crudeli contro i ladri anche semplici (11). Eppure troppo chiara abbiamo la differenza, con cui notavansi i ladri semplici ed i grassatori di strade: *Fures autem vocamus, qui occulte sine armis hujusmodi delinquunt, eos vero qui violenter aggrediuntur, aut cum armis aut sine armis in domibus, aut itineribus, aut in mari pœnis legalibus subdi jubemus.* Questo è il testo che vien dietro alle parole poc' anzi citate da una Novella di Giustiniano.

Gli Antichi Romani adunque nostri legislatori rispettavano il sangue de' loro compatriotti, non condaooando a morire alcuno che per delitti, i quali interessassero la salute dello stato, e noi saremo cotanto prodighi del sangue de' nostri concittadini, che per un forto di leggier momento si sagrifichi la vita preziosa d' un uomo? *Raro morte* (dice un valente scrittore) *animadvertere consueverunt Romani præterquam in paricidos, omicidas et perduelles, quorum vitæ neutiquam parcendum est; sed pessima jam consuetudo invaluit ut minimarum rerum etiam fure, morte plectantur* (12). » Quando si » riflette (proseguirò colle parole dell umanissimo » Vattel (13)) su la pratica Criminale degli an- » tichi Romani, quando ci richiamiamo a memoria

(10) *Capitalium § Servorum D. De Pœnis.*
(11) *De Repub lib VI cap VI*
(12) *Patrit De Instituend. Rep. lib* 3.
(13) *Droit des Gens lib.* 1 *Chap.* 13 §. 171.

» la scrupolosa attenzione loro a risparmiare il sangue dei cittadini, noi non possiamo che con orrore pensare alla facilità, con cui oggidì nella maggior parte degli stati si versa il sangue umano. La Repubblica Romana era essa male amministrata? Veggiamo noi a' nostri di miglior ordine e maggior sicurezza? Non è l'atrocità, ma l'esattezza, con cui si esige la pena che ritiene la gente in dovere, e se si punisce di morte il furto semplice, cosa riserberassi per mettere la vita de' cittadini in sicurezza »?

L' infamia di cui erano notati presso i Romani coloro, che fossero stati condannati per furti (14), ebbe più di effetto per impedirli, che non hanno oggidì li supplizj più crudeli. Che uno, il quale ingiustamente stende le mani su l'altrui, abbia nell'infamia una marca di quella pubblica riprovazione, che il privi de' pubblici voti, della confidenza della patria, e di quella quasi fraterna relazione, che la civile società mantiene, promove, ed inspira ne' suoi membri, egli è giusto, egli è secondo una sana politica niente ripugnante al dettame naturale, non così una sanguinosa esecuzione, a cui ripugna un naturale istinto di equità, con essa confrontando l'eccesso del delinquente.

§. III.

Quando siasi introdotto l'abuso di condannare a morte i ladri semplici.

L' Italia dopo alcuni secoli ancora dacchè ebbe a soffrire la barbarie ed insolenza di tante fiere na-

(14) *Ex Paul Sentent* 11 3 15 1. 6 *D Delis qui not. infam et ex l.* 63. *D. De furtis*.

zioni, che dal più rimoto e gelato settentrione sbucarono a torme sopra di essa per tutta devastarla, si questa illuminata Italia dolente tutta via per l' irreparabile guasto recato a

Mille degn' opre che distrutte ed arse
Sen giaccion ora tra la polve e l' erba
Della prisca grandezza adorne, e sparse

(ch' è ciò, che per parlare con Seneca (1) *majores nostri questi sunt, nos querimur et posteri nostri querentur*) non isdegna sciolta e libera di osservare con servile scropolosità in buona parte quelle dure leggi, che fra ceppi fu costretta di accettare. Così è; e tra le altre funeste reliquie di cotesta barbarie, quella è pure che condanna a morte il reo di furto semplice.

Presso gli Sciti settentrionali, da' quali derivarono quasi tutte le barbare nazioni, che invasero l'Italia, e particolarmente i Goti ed i Longobardi, i quali vi intrusero le proprie leggi, non eravi maggior delitto del furto, come abbiamo dallo storico Giustino (2) *nullum scelus apud eos* (cioè gli Sciti) *furto gravius;* ma la ragione, con cui questo storico pare, che d' iscusare intenda un tale istituto degli Sciti, se aver luogo poteva nell' originario loro paese, non assolve i Goti ed i Longobardi, poichè stabilironsi in Italia, *quippe* dice egli in seguito alle riferite parole, *quippe sine tecto munimentoque pecora et armenta habentibus, quid salvum esset si furari liceret?* La gravezza della pena imposta in questo caso al furto, poteva forse stendersi anche alla morte naturale sul riflesso, che essendo

(1) *De Benefic. lib. 1. cap. X. in princip.*
(2) *Lib. 2*

le robe di ognuno, le pecore, gli armenti, ed ogn'altra supellettile raccomandata e depositata sotto la sola sicurezza della fede pubblica, veniva conseguentemente obbligato ognuno per un espresso, o tacito sociale specialissimo contratto a non appropriarsi ciò, che era d'altrui, ed essendo all'aperto, altra custodia non poteva avere che nella religiosa osservanza del predetto tacito o espresso patto. Quindi chi rubato avesse in tal posizione di cose veniva a violare la pubblica fede, vincolo allora unico e troppo necessario alla conservazione della civile società. Più per tanto che il furto, le conseguenze di esso particolari e proprie tra quelle genti, e una singolar violazione della pubblica fede, a cui si appoggiava per sì gran modo il bene e la tranquillità della civile loro società, era l'oggetto della pena mentovata. In fatti „ egli è sempre maggior delitto il rubare ciò ch'è in ispecial maniera sotto la pubblica custodia, e più direttamente sotto la protezione della giustizia. Tanto c'insegna ottimamente il Domat (3) secondo la regola, che dice *ubi minor hominum custodia Sanctior est legis custodia*. Non senza ragione però accrebbero i Romani ancora la pena di chi avesse rubato ne' pubblici accampamenti fino alla flagellazione, come abbiamo da Polibio, (4) ch' era quell'ultimo estremo, a cui comunemente giungevano le pene Romane rispetto ai delitti privati, nella categoria de' quali è il furto, come vedremo in appresso. La stessa facilità che abbiasi di commettere un delitto fa con ragione, che con pena

(3) *Lois civiles dans leur ordre naturel Tom. II. liv. III tit. VIII. § III.*
(4) *Lib. VI Cap* 35.

entro certi confini maggiore punirsi, per vieppiù respingere con la civil forza quella inclinazione, che porta gli uomini a commetterlo, come avverte Tullio nella orazione *pro Roscio Amerino*: *maxime peccata esse animadvertenda, quae difficillime praecaventur*.

Tutto ciò, come è detto, poteva pur giustificare la legge degli Sciti antichi riguardante il furto semplice; ma poichè una parte di essi passò in Italia ora sotto il nome di Goti, ora sotto altre denominazioni, ed ivi si stabilirono, cangiaron essi il loro istituto di vivere vagabondi, e raminghi, ed assai bene poterono custodire le loro robe nelle respettive città, e case, quando in fatti *custodiae rerum suarum urbium presidia quaerebant* come disse Cicerone in simil proposito (5) senza che alla sicurezza di esse la fede pubblica vi dovesse singolarmente intervenire, e tanto direttamente interessarsi. Quindi conformemente al nuovo politico sistema cessar dovea, ossia riformarsi il rigore della legge antidetta. Ciò non pertanto, tenaci que' popoli barbari delle prime ricevute impressioni d'un troppo severo odio e ingiusta fierezza contro i ladri, conservar vollero nelle loro leggi in Italia introdotte la medesima severità di pena. Tanto è vero che il comune degli uomini si lascia guidare da una materiale impressione in essi scolpita dalla educazione, e dagl' imbevuti pregiudizj, anzi che dalla ragione, e dalla prudenza, e che più si opera da essi per principj conservati dalla tradizione, che appresi da un serio esame su la natura umana e su i primarj di lei dettami.

In un miscuglio di leggi da diverse barbariche

(5) *De Offic. lib II cap. XXI.*

nazioni introdotte già in Italia una ne abbiamo che stabilisce *si quis homo propter furtum comprehensus fuerit et legitime superjuratus et judicio pendutus, vel in quocumque alio patibulo vitam finierit, omnes res ejus heredes possideant*, dalla quale comprendiamo ad ogni ladro indistintamente imposta la pena di morte naturale, mentre pare soltanto, che si voglia per essa riformare qualche pratica, che fosse prima in uso di confiscare i beni.

Più particolarmente le leggi Longobardiche (che per altro non in ogni loro parte meritavano la taccia incivile di *gius asinino* che loro da Roberto Maranta, (6) le quali dominarono per qualche secolo in Italia, e dalle quali, come si vedrà in appresso, derivarono le leggi municipali delle provincie e città d' Italia, acerbe e crudeli furono contro i ladri. Rotari, che nell' anno 938 fu assunto al regno Longobardico, ne mitigò, è vero, il rigore, condannando a morte il reo di furto, solo in caso che per dieci scellini ossia soldi di oro rubati non ne potesse pagare ottanta. *Si liber homo furtum fecerit, et in ipso furto prensus fuerit, si furtum ipsum usque ad decem siliquas fuerit, nonum reddat, et componat octuaginta solidos, haud animæ suæ incurrat periculum* (7) Ma anche da questa legge così ristretta, come è ne' detti termini, possiamo comprendere l' abuso di mandare a morte un reo di furto semplice. Conciosiacosachè era ben tenue dall' una parte la somma del furto semplice, per cui sola concedevasi il redimersi dalla morte, e l' uomo portato dal malnato talento di rubare non si contiene d' ordinario entro sì stretti limiti. Dall' altra parte essendo la mi-

(6) *Question. legal disput.* 2 d. 5
(7) *Leg. Longobard. lib.* 1, *tit.* 25 *leg.* 2

seria e la povertà per lo più le triste consigliere che spingon gli uomini a togliere l' altrui, non era si facile, che un infelice scoperto reo di furto avesse alla mano la somma non indifferente, qual era di quei tempi quella di ottanta soldi d' oro. Dal che ne doveva seguire che ben pochi rei di furto salvar potessero la vita; e qui non posso non fare le meraviglie del commendare che fa il Grozio (8) l' istituto dei Longobardi per questo stesso, secondo ch' egli pretende nel non volersi da essi sparso il sangue de' cittadini per leggieri cagioni, ma solo per gravissime a capitali. Con maggior ragione certamente condanna il Bodino (9) questa medesima legge di Rotari, come contraria al buon senso e ad una giusta proporzione geometrica della pena col delitto. Di fatto chi non ravvisa in essa tutto lo spirito della barbarie e della tirannia? Dunque sù un egual bilancia starà la somma di ottanta soldi d' oro con la vita d' un uomo; con quella vita sì preziosa, che secondo la sana filosofia, e il detto degli antichi giureconsulti romani non è suscettibile di estimazione a danaro, ò a cosa estimabile a danaro, *in homine libero nulla corporis estimatio fieri potest*. ? (10)

Da questa sì ingiusta considerazione della vita dell' uomo, che fu comune in tutte le leggi barbaresche ne derivò l' eguagliare che in esse trovasi, e il porre in una stessa classe e grado di proporzione la pena pecuniaria colla pena di morte naturale, e l' imporsi però questa a non gravissimi delitti, e il praticarsi quella ne' più enormi. In fatti la pena dell' omicidio, che in ogni legge divina ed umana

(8) *In Prolegom. ad Histor Got.*

(9) *De Republ. lib. VI Cap. VI.*

(10) *L. 10. de his qui fuder. vel dejecer. l. 3. D. si quadrup. pauper fecisse dicatur l. liber homo D. ad legem aquil.*

debb'essere la morte del reo, permettevano le antidette leggi, che scontar si potesse con pene pecuniarie quando ancora l'omicidio fosse stato di persone sacre, e qualificate (11), come una stessa e medesima cosa fosse sangue umano e denaro.

Carlo detto il *Magno* intese di correggere in parte un tal rigore, ma di esso più in acconcio caderà di favellar in appresso. Più inumano fu Federigo secondo nipote del celebre Federigo primo. Costui poichè ebbe per retaggio materno il regno di Sicilia e di Puglia, e fu eletto Imperatore discendendo egli dagli Svevi, ch'ebbero una medesima derivazione coi Longobardi e con altri popoli barbari (12) imbevuto delle massime di quelle nazioni conservatasi da una fedele tradizione, stabilì quella famosa sua costituzione, che con orrore leggiamo fra le autentiche del Codice Giustinianeo, e ne' libri de' feudi (13) la quale impone che *si quis quinque solidos aut plus furatus fuerit laqueo suspendatur, sin minus scopis, et forcipe excoriatur*. Oh legge, *non atramento verum sanguine scripta*! per valermi della frase da Demade orator greco usata contro le leggi dell' inumanissimo Dracone legislatore degli Ateniesi. (14)

Sul proposito per tanto di questa Federiciana costituzione osservò Paride del Pozzo: (15), che *proles Imperatoris qui statuit quod fur quinque*

(11) *Muratori antich Ital. disser* 23 *Heine ec. elem. Germ. lib* 11. *tit. XXX* § 326.
(12) *Ex Ptolem, lib* 2 *Cap* 11, *Althamer scol. in Tac. de morib Germ fol. mihi* 44
(13) *Feud lib.* 11 *tit. XXVII* § *VIII*
(14) *Ex Plutarco in Solone pag. mihi* 87.
(15) *Ex Tractat de Sindacat. verb. crudelitas officialis Cap.* 1. *Sub.* 2. 5 *fol. mihi* 162.

solidorum suspenderetur, et sic quod homo ad Dei imaginem creatus propter bona occideretur, et alii successive reges, qui secuti sunt hanc legem, eorumque ministri non regnaverunt si per terram et male vitam finierunt, nec generatio eorum ad tertium gradum pervenit. Io non nego, che con troppo trasporto esprimasi questo scrittore, poichè la storia ci può dare altri motivi e ragioni, per cui la schiatta di Federigo II. sia mancata, nè abbia potuto durare sul trono imperiale; ciò non pertanto non lascia il detto autore di far vedere con quanto orrore già da gran tempo sia stata considerata l'antidetta costituzione da uomini penetrati dai sentimenti di umanità. Che le costituzioni di Federigo II. siano tutte state tratte dalle leggi Longobarde, oltrechè particolarmente Grozio l'osservò, (16) non è difficile il convincersi con un esatto confronto di queste con quelle. Sappiamo inoltre che le consuetudini feudali derivano esse pure quasi tutte dalle consuetudini e leggi Longobarde; eppure ognuno sa quanta parte vi abbiano in esse, ossia nel diritto feudale le costituzioni di Federigo II. Tutto questo prova l'analogia e la relazione, che passa tra le leggi e consuetudini Longobarde e le costituzioni del mentovato Imperatore.

Su le orme di Federigo II. segnate di orrore e di sangue camminarono varj altri principi in Europa, da' quali fu presso che universalmente abbracciata l'ordinazione di lui, anzi divennero senza avvedersene di lui più crudeli, dirò così, quando non avvertirono, che la somma di cinque soldi

(16) *Grot. in Prolegom. ad Histor. Gotic. constitutiones a Federico II. collectae pene omnes fluunt e legibus Longobardorum.*

presa per regola, onde condannare a morte il rubatore, era assai più considerabile ai tempi di Federico di quel che divenne nelle età susseguenti, come osservò l'erudito Federico Boemero. (17)

Le leggi e pratiche fin qui riferite sono poi quelle che hanno data la norma alla giurisprudenza criminale in oggi ancor dominante rispetto ai furti, e sono poco altro che un avanzo di esse gli statuti municipali della maggior parte principalmente di Italia, conciosiacosachè la libertà, in cui successivamente si misero nella frequente anarchia de'tempi bassi le città e provincie di essa e l'elezione de' proprj consoli, e magistrati, le portò a formare regolamenti lor proprj accozzati in gran parte su la tradizione del governo già tenutovi dagli stranieri, e su l'esempio del sistema politico da quelli introdottovi. L'ignoranza in somma che regnava di que' tempi non poteva, nè sapeva ritrovare migliori dettati (18).

Questi regolamenti adottati dalle città e provincie d'Italia vennero in seguito confermati dagl'Imperatori di mano in mano e come pubblici patti suggellati nella pace celebre di Costanza. Così a'Genovesi dall'Imperadore Federico I. a Milanesi, Pisani, Ferraresi, Bolognesi, e presso che ad ogni altra città e provincia d'Italia fu conceduto da Enrico VI. e Federico II. di governarsi con particolari loro statutarie disposizioni e consuetudini *ex jure Longobardico ut plurimum deductis* (19).

È vero, che allora pure era rivolto e studiato

(17) *Ad Carpzovium Prat. Crim. II. Quest. 77. Obser* 11.
(18) *Muratori loc. cit. Dissert.* 22 § *IV.*
(19) *Senctenberg de Recept. jur. Roman. in Italia Cap.* 3 § 34. *Verri const. Med. tract.*

e allegato il diritto Romano; dacchè sappiamo le celebri università di que' tempi istituite in città Italiane dagli Imperatori per ispiegarlo agli studiosi tanto esteri, quanto e molto più nazionali, ma quello che di buona ragione dovea essere o unico o principale, divenne in realtà sol sussidiario per supplire alle mancanze de' lumi e indirizzi che trar non si potessero da' municipali stabilimenti.

§. VI.

Della legge di Carlo magno rispetto ai furti.

Poiche ebbe Carlo magno vinto, e debellato Desiderio ultimo Re de' Longobardi, ed occupatone il regno, volle con sue particolari ordinazioni accrescere il volume delle Longobardiche costituzioni. Con una adunque segnatamente che riguarda la pena de' furti semplici pretese moderare il rigore delle antecedenti leggi, *pro prima*, sono le parole del testo che parla de' rei di furto, *culpa non moriatur sed oculum perdat, de secunda nasus eorum scalpelletur, de tertia vero si non se emendaverit, moriatur* (1).

Questa distinzione di prima, seconda, e terza colpa, che noi veggiamo qui stabilita, fu malamente intesa ed interpretata per adottarla nelle leggi municipali di varie città e provincie, e per essere seguita dall' opinione di varj criminalisti, che la difendono. Materialmente fu essa intesa e spiegata, e materialmente fu messa in pratica ne' tribunali, estesa stata adottata al caso di chi avesse commessi tre furti, e non di chi ha subiti tre giudizj per furti

(1) *Leg. Longobard. lib. 1. tit. 23. leg 70.*

commessi, come devesi di fatto intendere; ciò dal senso deducendosi chiaramente e dalle espresse parole, che dicono *de tertia vero si non se emendaverit moriatur*, cioè a dire se già due volte punito alcuno per ladro non sarassi emendato, e per una terza volta sia colto, subir debba la morte: la qual economia di giudicare i furti è quella ancora de' Cinesi.

Tre atti di giudice adunque, tre distinte cognizioni di cause, tre processi e tre giudizj di furto, e non tre sole numerate colpe di questo genere esigerà la legge di Carlo magno per mandare alla morte un ladro, e quindi una simigliante economia richiederebbesi da chi giustificar volesse la pena di morte come dovuta al furto su l' autorità di questa legge, in cui peraltro non apparisce ancora ben dimenticata la barbarie Longobarda.

Per iscusare la pena di morte da Carlo magno imposta al recidivo di furto dopo aver subiti due giudizj, potrebbe giovare il discorrere così. Il furto semplice non può essere annoverato in rigore fra i delitti di loro natura e carattere pubblici, siccome di fatto come tale non viene considerato neppure da più sanguinarj criminalisti. I delitti pubblici, come malattia non solo incurabile, ma pestifera, hanno bisogno del ferro e del fuoco perchè così richiede la sicurezza pubblica. I delitti privati come il furto, non sono malattie di loro natura incurabili, e pestifere, ma possono guarirsi. Quindi il legislatore, come un buon medico, nè per la prima nè per la seconda volta deve disperare della guarigione, ma a misura che il male incalza, e che col viepiù persistere e ostinarsi minaccia di divenire incurabile e pestifero, dee usare più efficaci rimedi. Poichè però alcuno stancata avrà inutilmente la provida pietà e sofferenza

pubblica, sempre refrattario alla legge, dopo due ammonizioni sensibili, che nel terzo giudizio la pena arrivi, e si estenda sino a torgli la vita naturale, potrebbe essere conforme alla ragion politica, ponendo mente più che alla natura del delitto, all' animo guasto del reo, ed alle conseguenze, che dalla sua rea contumacia nel mal fare potrebbero derivare, perniciose alla sicurezza e tranquillità della civile società. Questo discorso potrebbe convincermi a favore della legge di Carlo magno riguardo alla pena di morte, con cui vuol punito nel terzo giudizio il furto, se altre più forti ragioni non mi movessero a rigettare questa pena in qualunque giudizio, come non conforme a' dettami della naturale filosofia, e non proporzionata all' intrinseca natura del delitto, e all' estrinseco suo carattere secondo ciò che verremo in seguito discorrendo.

§. V.

Del furto rapporto al diritto di natura.

La quistione se il furto sia dal diritto di natura proibito antecedentemente ad ogni supposizione agli uomini arbitraria, sembrerà per avventura speculativa e metafisica, perchè fondata sopra ipotesi astratte, anzi che pratica, e di qualche vantaggio nella civile società, e nella giurisprudenza criminale. Ciò non pertanto gioverà il toccarla almeno di passaggio, affine di mettere in vista più chiara la genuina indole del delitto di furto.

Considerando adunque il furto col semplice e pretto diritto di natura avanti gli occhi, e prescindendo da ogni umana disposizione, (se riguardato in tale aspetto così può chiamarsi) non può essere

delitto, poichè non è in tal veduta che occupazione fatta da un individuo di un bene, che dalla natura fu fatto comune a tutti gli individui, talmente cha ciascun di essi vi avesse egual diritto, comunque tal bene occupato già fosse da alcun altro. Delitto adunque non può essere se non supposta l' opposizione, e a ragion della opposizione stessa al diritto delle genti, da cui le costituzioni fattizie della civile società, i patti sociali e le distinzioni furono introdotte ne' particolari dominj.

È vero che il giureconsulto Nerva (1) dice e insegna che i dominj delle cose derivano dal naturale possesso preso su le medesime, il qual comincia dall' occupazione di esse. L' occupazione però costituisce l' uomo, è vero, natural possessore quanto al fatto, ma il diritto di possedere altronde non procede che dalle umane convenzioni, dalle quali conseguentemente e non dal diritto di natura sembrar può a taluno che la legge proceda così proibitiva come penale del furto.

Vuol però distinguersi qui il diritto di natura in assoluto ed ipotetico, come il distinguono le scuole. Il primo è quello che deriva dallo stato primario di natura senza supporre alcun fatto umano, il secondo è quello che deriva da un posteriore fatto umano, ossia, a dir più giusto, dalla natura stessa della cosa, supposto un tal fatto umano.

Stando precisamente al diritto assoluto di natura non potrebbe l' uomo lagnarsi a ragione di chi gli togliesse alcuna cosa ch' egli possedeva naturalmente, e può ripeterla di fatto pel diritto di natura ipotetico passato già in assoluto, dappoiche stabilita dal diritto delle genti, e dalla convenzioni umane,

(1) *L. 80 D. de acqui. vel. amitt. possess.*

la differenza de' dominj, ha egli con un legittimo suo atto particolare acquistato il dominio della cosa a lui tolta. Su questo principio potè dir Cicerone, che *illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, et opes augeamus* (2), ed è giustissima ed indubitabile la dottrina di Giulio Paolo Ulpiano, e di tutti gli altri giureconsulti Romani, che il furto è per diritto di natura un misfatto. (3)

Dal detto finquì apparisce in qual senso possa ammettersi e in qual debba rifiutarsi l' opinione di Tommaso Obbesio, il quale in mezzo a' suoi paralogismi e paradossi sostiene e dice, che il furto non è un azione ingiusta se non pel diritto civile. Se egli pretende di dire precisamente, che ove il diritto civile ossia il consenso de' popoli non avesse introdotto i confini e le differenze del mio e tuo, il furto non sarebbe azione ingiusta, ossia, a parlare più propriamente, non vi sarebbe furto al mondo, non dice cosa nuova, e a cui possa veruno o voglia mai contraddire: ma se alla sola legge positiva umana, da cui ha ciascheduno immediatamente il diritto di possedere come privativamente suo, quel tanto che ha di beni di fortuna, egli stima che opponga si il furto, e non alla legge naturale, che ordina di dare a ciascheduno quel, che per vero diritto da qualunque sorgente, dirò così, emanato a ciascheduno appartiene, e di non togliere però a veruno quel che per somigliante diritto quegli possiede; fa egli troppo gran torto a quel lume dall' Autore della natura impressoci a scorgere i dettami, ch' egli e la natura stessa ci prescrivono.

(2) *De Offi. lib* 3 *Cap* 5

(3) *Ist. de Furtis. et l. probrum D. De verb. significat.*

Ma se la natura anch'essa entra in lega dirò così col diritto positivo umano nel condannare il furto, egli è ben di dovere, che questo da quella non si diparta nella misura delle pene, con cui punirlo. E chi può dubitare che essa più non abborra la morte violenta di un uomo, che la perdita di roba massimamente di non grandissimo valore che altri faccia, e che una morte violenta però giusta i retti dettami della natura stessa non sia incommensurabile in ragion di pena con la colpa di colui, per cui opera tal perdita avvenne; oltre di che ricorderò qui di nuovo con S. Ambrogio (4) quel che è detto poc'anzi per trarne un nuovo argomento al mio proposito. *Natura omnia omnibus in commune profudit, sic enim Deus generari jussit omnia, ut pastus omnis communis esset, ut terra foret omnium quœdam communis possessio. Natura igitur jus commune generavit. Non enim*, soggiunge Samuele Pufendorfio, *extat prœceptum aliquod juris naturalis, quo omnes res ita proprie hominum jubeantur esse, ut cuivis sua portio esset assignanda* (5), col quale linguaggio parlano pur essi gli antichi scrittori gentili; Orazio: *nam proprie telluris herum natura neque illum, nec me, nec quemquam statuit* (6), e il gran filosofo non meno che oratore Cicerone, *sunt autem privata nulla natura, sed aut veteri occupatione, lege, pactione* (7). A questo primario diritto così esteso e generale rinunziarono gli uomini, poiche unironsi nelle civili società, e stabilirono il terribile diritto di proprietà, sorgente di tante dis-

(4) *De Offic. Cap.* 29. *lib.* 2.
(5) *De Jure nat. et Gent. lib. IV. Cap. IV. § IV.*
(6) *Lib.* 11. *Sat.* 2. *Vers* 129.
(7) *De Offic. lib.* 1. *Cap.* 7

senzioni, onde il pacifico stato civile medesimo troppo spesso è agitato, e sconvolto.

La loro rinuncia tolse il primo. Il loro consenso stabilì il secondo, e lo stabilì fuor di dubbio con certa almen tacite ragionevoli condizioni, tra le quali quella è da filosofi, e teologi comunemente riconosciuta, che tal cessione non intendasi aver luogo al caso che taluno veggasi ad estrema necessità ridotto, onde senza provvedere alla sua estrema indigenza con alcuna cosa per la divisione de' beni ad altri appartenente, evitar non possa la morte, nel qual caso pel detto comune sentimento rientra un tal uomo nel primitivo illimitato diritto all' uso de' naturali esterni beni, da chiunque essi posseduti in ordine alla necessità di mantenere con essi la sua vita.

Ciò presupposto siccome con ogni fondamento di ragione dee asserirsi, che insieme col contratto di divisione dei beni siansi soggettati gli uomini a qualche pena anche grave in caso d' infrazione di esso, e di frodolenta invasione di ciò che d' altri è divenuto; così non sembra da presumersi, che fino alla pena di morte siasi esteso un tale spontaneo assoggettamento e consenso per l' usurpazione dell'altrui, almeno non corredata da altra circostanza, o qualità che rendela o pericolosa all' altrui vita, o a Dio, e alla religione irriverente, o alla umana società specialmente pregiudiziale, e inerendo all' accennata opinione così la discorro: La morte è un tal male, a subire il quale non deve credersi esteso il consenso dato dagli uomini alla divisione e al diritto privativo de' beni. Dunque essa è parimente un tal male, a cui non può credersi esteso il consenso degli uomini in ordine a subirlo in pena della contravvenzione a un tal diritto.

Ma fin dove adunque, e a qual sorte di pene dovrà egli stendersi un tal presunto consenso? Osservinsi i motivi che spinsero gli uomini a legarsi infra di loro co' vincoli della società, e col diritto quindi attivo negli uni al possesso e godimento di certi e determinati beni, quindi passivo in altri di non invadere e appropriarsi o disturbare per alcun modo il detto possesso e godimento. E ben potransi a mio parere dietro a un tal riflesso stabilire i confini, entro a' quali ristringere il divisato consenso. Questi motivi furon due certamente; la sicurezza della propria vita, che a troppo gran pericolo sarebbe stata esposta in uno stato di continua guerra, che necessaria dovea essere a difendere dall' altrui forza ciò che di forza fosse occupato, e si pretendesse di godere particolarmente, e la sicurezza del possesso e uso tranquillo de' beni medesimi, che ciascheduno con l'industria sua e fatica procacciato si fosse. Proporzionati a questi due oggetti due diversi depositi io pongo fatti dagli uomini vicendevolmente col contratto sociale nelle mani del corpo morale e collettivo della società. Quello della propria vita, e sicurezza della vita altrui, e quello dei proprj beni e sostanze a sicurezza e guarentigia e riparo de' beni e robe altrui, per tal modo, che chi tolga ad altri ingiustamente la vita reo divenga di morte, e chi tolga ad altri la roba debba non solamente reintegrare il danneggiato con proporzione aritmetica del danno recato, ma essere inoltre con proporzione di pena al delitto commesso privato per giudiziale sentenza della roba sua propria, non però mai della vita, che non deve presumersi, come già è detto, obbligata dagli uomini civilmente congregati per conservare la roba altrui; che se non avesse questi del proprio onde reintegrare il furto fatto, sarà ben

giusto che si costringa la persona stessa a pagare la pena con l'opera, e con lavoro proporzionatamente gravoso, quando la miseria, e la disperazione che lo ha spinto a valersi dell'altrui, non lo renda anzi degno di compassione e perdono, che di pena.

§. VI.

Delle leggi Ebraiche rispetto ai furti.

Nel teocratico governo del popolo Ebreo, che le sue leggi ebbe immediatamente dalla stessa eterna infallibile sapienza, e giustizia per mezzo di Mosè, noi sappiamo che il furto era punito con sole pene o pecuniarie, o equivalenti a pecuniarie, o al più con la schiavitù, quando il reo non avesse avuto onde restituire il mal tolto, e sodisfare la pena. *Siquis*, sono le parole del sacro testo, *furatus fuerit bovem aut ovem, et occiderit, et vendiderit quinque boves pro una bove, restituat et quatuor oves pro una ove, si non habuerit quod pro furto reddat, ipse venumdabitur* (1).

Questo testo è tolto per altro da quelle leggi, che formavano, al dir del Apostolo S. Pietro, *jugum quod neque nos neque patres nostri portare potuimus*.

Si dirà, che questa legge ed altre somiglianti, siccome limitate alla sola economia dell'Ebraica repubblica con la cessazione, e distruzione di essa, cessate sono e distratte, e che vano è l'argumentare che facciasi ora da' precetti legali del antico testamento, i quali non estendono il loro vigore di

(1) Exod. Cap. 22.

qua dell'epoca di Cristo, essendo stati dalla nova legge di grazia parte vietati e parte aboliti. Ma questa obbiezione non infievolisce punto l'argomento, che può trarsi al mio proposito dalla prelletta legislazione. Conciosiachè non reco io già la citata positiva legge mosaica, affin di conchiudere, che dunque in vigore di essa siano obbligati i Cristiani ancora a non punire con pena di morte il semplice furto, ma forza è che due verità tosto si affaccino al mio intento conducenti; la prima, che questa legge è certamente conforme alla retta ragione, e al diritto naturale. Chi può dubitarne parlandosi di una legge da Dio stesso dettata? Dunque sono certamente conformi alla ragione, e al natural diritto il non punire con pene di morte il semplice furto, e l'opinione per conseguenza, la qual nega dovetsi a questo delitto una tal pena: sicurezza che non può arrogarsi l'opinione contraria. Seconda verità.

In un corpo di leggi tutte tendenti al rigore, è ben credibile, che il furto ancora sarebbesi punito con pena di morte, se non si opponesse ciò alla ragione, e al diritto naturale; adunque v' ha gran motivo di dire, che alla ragione, e al naturale diritto opponigasi il punire con pena di morte il semplice furto.

Rispondo ora direttamente all'obiezione. È vero che le leggi cerimoniali non solamente della Ebrea repubblica, ma le giudiziali ancora riguardanti il particolare politico governo di essa, son cessate dopo la venuta di Gesù Cristo, e con lo stabilimento della legge evangelica. Non così i precetti puramente morali e provenienti da una legge antecedente ogni positiva ordinazione di Dio stesso, qual'è la legge di natura, dichiarata a cagion di esempio alla Ebrea nazione con la pubblicazione del

decalogo. Obbligano questi certamente i Cristiani non meno al dì d'oggi, di quello che già obbligassero gli Ebrei, non in virtù dell'intimazione e promulgazione a quelli fatta, ma in vigore dell'intrinseca loro ragione, che a tutti ne prova la necessità, e a tutti li detta; ove si pruovi adunque, che la legge giudiziale agli Ebrei prescritta in ordine alla punizione del furto semplice, in quanto escludente la pena di morte, sia fondata su la ragione naturale e al natural diritto appoggiata, non deve riguardarsi in questa sua parte come precetto puramente giudiziale fatto per quella nazione, ma come dichiarazione di un precetto morale e naturale, la cui obbligazione non dipende da verun particolare politico sistema. Il diritto naturale escludente tal pena pel delitto di furto semplice l'ho io provato, a quello che a me ne sembra, con ragioni per lo meno assai probabili, e colla stessa addotta legge Ebraica. Dunque è per lo meno assai probabile, e dalla stessa addotta legge apparisce l'obbligazione viva e vegliante fra'Cristiani ancora di non punire con morte il delitto di furto semplice; e non ha luogo la fatta objezione.

Andiamo più innanzi. Le leggi Ebraiche punivano colla morte li rei di adulterio. Una sì fatta pena per lo più a' giorni nostri è ridotta alla semplice pecuniaria, ond'ebbe ragione l'Alciati (2) di dire *hodie major pecuniæ quam morum ratio habetur, furesque laqueo suspenduntur, et adulteri pecunia multantur*, e Giulio Claro d'esclamare (3), che il mondo Cristiano, e le leggi de' Cristiani a questo riguardo avrebbero necessità di riforma. Riflettasi

(2) *De verbor. significat. l. 42. fol. mihi* 116.
(3) *Recept. sentent lib.* 5. §. *adulterium num.* 7. *in fine.*

però qui di passaggio su questa mitigazione di pena, che prevale ne' nostri tribunali rapporto all'adulterio, che sempre v'ha minor pericolo di offendere l'equità naturale, e il diritto di natura temperando, che accrescendo le pene. L'accrescerle suppone un diritto legislativo, ed il minorarle può spettare a qualunque giudice inferiore (4). Sul proposito pertanto della pena di morte dalla legge mosaica imposta al delitto di adulterio, e di quella cha le leggi, e la pratica d'oggidì assai più mite vi hanno surrogata, riflette ottimamente l'eruditissimo Gerardo Noodt (5), che intanto Mosè estese la pena degli adulteri alla morte, inquanto gli Ebrei si maritavan tutti col diritto inoltre della poligamia, quando per il contrario li popoli d'oggidì, obbligati dalle leggi di religione e civili ancora, debbono accontentarsi di una sola moglie; quindi maggiore era il delitto dell'adulterio presso gli Ebrei, dacchè nella moltiplicità de' soggetti loro permessi avevan mezzi più efficaci, e più estesi di acquistare quella forte attrazione, che spinge un sesso verso l'altro, onde tolto era loro di mezzo quel pretesto di debolezza della nostra umanità, che nel nostro sistema presente pare che sminuisca, politicamente parlando, l'atrocità del delitto di adulterio.

Ma per ritornare, onde ci siamo per trascorrimento dipartiti, e continuare il nostro discorso su le leggi Ebraiche, che fanno al nostro proposito, acconcio e opportuno al proposito stesso mi è sembrato il riflesso, che sul decalogo mi vien suggerito da un moderno eloquentissimo difensore de' car-

(4) *Tiraquell. de pœnis temper in præfat. n.* 49
(5) *Dissert. de religion. ab imper jure gentium libera.*

cerati (6) nella perorazione assai forte, e viva da esso fatta in Venezia a pro d'un ladro condannato di già alle forche, cui egli poi ottenne colla sua dottrina, ed eloquenza la vita. Porta egli i giudici alla considerazione dell'ordine, che Iddio legislatore immediato ha tenuto in questa divina legge, onde regolare il giudizio, che si deve fare dei delitti e peccati ch' essa vieta. L'ordine accennato è adunque questo. Li tre tremendi precetti, che riguardano il più solenne, il più sacro, e il più importante dovere dell'uomo verso Dio, descritti furono in una tavola separata, come d'un merito, e di un ordine assai superiore, d'onde apprender dovessimo quanto enormi e atroci esser debbano i delitti, che offendono la religione, ed il culto di Dio. Dopo il quarto precetto, che è il primo della seconda tavola, e che riguarda quella specie di domestica religione, che pel sacro canale dei padri e delle madri va a metter capo in quell'augusto principio, d'onde trae l'essere e il nome ogni celeste, e terrestre paternità, vengono li trè altri precetti, che regolano i nostri doveri verso il prossimo. Il primo di questi riguarda l'altrui vita, il secondo la donna, il terzo, ultimo ed infimo la roba, benchè ne seguano tre altri da poi, giacchè questi tre ultimi sono piuttosto estensioni, e spiegazioni dei precetti precedenti, che precetti distinti e novi, appartenendo l'ottavo al secondo, e il nono, e decimo al sesto, e settimo.

Ora qual specie non dovrebbe fare il riflettere, che poichè con una freddissima indifferenza, e

(6) *Leopoldo Curti nobile Veneto in una sua arringa a favore d'un ladro fra le tre impresse in Venezia presso Simone Occhj nel 1755.*

al più con leggierissime pene si passa sul delitto di bestemmia, e su la profanazione esecranda del nome augusto di Dio e delle cose sante, e si rimirano senza commoversi gran fatto le quasi quotidiane effusioni di sangue umano, e gli abusi più brutali delle età e dei sessi si dissimulano e si considerano come leggieri e compatibili cose, e gli adulterj come delitti di leggier momento, vengono al più puniti con pene pecuniarie; sopra i soli ladri, sopra alcuni miserabili che la miseria e la disperazione ha condotti a toglier qualche cosa dell' altrui, si scaricano le comuni maledizioni e imprecazioni, si praticano li più pesanti castighi, e sono fatti l oggetto dell'odio più acerbo dell' umanità, ch' essi non hanno punto col loro delitto offesa. Ecco l ordine e la categoria dei delitti e de' peccati stabilita da Dio medesimo, sconvolta e rovesciata nel voler considerare il settimo precetto del decalogo, non che il sesto il quinto e il quarto, ma quasi il primo di esso: ecco la roba apprezzata col fatto più che l' onore e la vita altrui, se non anche più che il rispetto e il culto a Dio dovuto, e tanto tempo ha potuto essa durare e prevalere una condotta giudiziale sì poco conforme per non dir altro alla gravezza dei divini precetti.

Stò a vedere che vi sia tal empio, il quale osi di dire, che il decalogo stesso fosse una particolar legge data agli Ebrei, e soltanto accomodata alla economia di quella repubblica, e non la pura natural legge stampata già nel dettame interiore della retta ragione, la di cui solenne pubblicazione volle Iddio sapientissimo legislatore, affinche intendessimo, che non ci imponeva cosa alcuna, a cui non fossimo già tenuti per dettame a noi innato. Lasciamo però da parte sì folle insieme ed enorme

empietà, ed osserviamo invece che il decalogo fu dettato e pubblicato da Dio prima delle altre leggi, colle quali alle rispettive contravvenzioni delle medesime determinò le proporzionate temporali ed umane pene; onde ne viene che queste seconde leggi penali dirette sono a misurare la gravezza de' reati proibiti daldecalogo. Ora siccome a' bestemmiatori e profanatori del suo nome impose terribili ed orrendi supplicj, e dannò a morte gli insidiatori dell' altrui vita e onore, e al furto non assegnò altra pena che pecuniaria, chiara dovrebbe essere la conseguenza che mentre Iddio manifestò nelle rispettive pene l' enormità del delitto di chi bestemmiato e profanato avesse il suo nome, e la gravezza della colpa di chi insidiato avesse alla vita ed onore altrui, volle dichiarare insieme quanto più leggiera fosse la reità del furto, e di qual pena perciò in confronto cogli altri delitti possa in ragione di questa proporzione essere suscettibile. *Hæc disciplina ipsa dei lex est* conchiudendo con S. Ambrogio: lascierò che ciascuno il quale abbia senno e capace sia di discorso, porti più oltre le sue riflessioni, e veda se intelletto Cristiano resister possa alla forza di questi argomenti. L' autore e legislatore medesimo della natura ci mette avanti il vero calcolo per proporzionare la pena al delitto di furto, e noi vorremo adoperare compassi e misure inventate dal capriccio, o dall' interesse per farlo comparire delitto maggiore di quello che Iddio medesimo lo riconobbe e lo dichiarò?

§. VII.

Della misura e proporzione delle pene.

Non ammettevano gli Stoici diversità in ragion di malizia tra' peccati comunque di specie fra loro diversi, e solo però secondo il numero e proporzione aritmetica di essi ad una specie spettanti, non secondo veruna proporzione geometrica di maggiore a minore gravezza dalla propria loro specie risultanta, volevano, che l'astimazione se ne formasse anche al paragone di altri a diversa specie appartenenti. In questo sì strano pensamento precedette agli stoici l'inumanissimo Dracone legislatore degli Ateniesi, imitato poi dal medesimo divino Platone, se crediamo al chiarissimo Bynckerskio. Seguirono costesta sentenza degli Stoici i Romani giureconsulti della scuola di Proculejo, e l'apposta e tanto più ragionevole quelli della scuola di Sabino.

Non misurava Dracone il delitto dalla natura dell' opera, e dalle sue conseguenze, ma dall' animo vizioso di chi lo commetteva, attribuendo a mero accidente, che uno avesse maggiore, o minor male commesso, giacchè un animo vizioso credeva egli capace di un qualunque eccesso sol che ne avesse l'opportunità: quindi ne venne, che questo mostro d'inumanità imponeva ad ogni benchè menomo delitto la pena di morte naturale e singolarmente ogni benchè minimo furtarello di frutti ortensi voleva punito con quella medesima pena, che è dovuta all'assassino e al parricida.

Tutto altrimenti ci insegna la retta natural filosofia, la quale riconosce egualmente giuste l'umane azioni, che trova interamente commensurate alla

regola dell' onesto, ma ingiuste più o meno quelle, che più o meno dalla detta regola si discostano, in quella guisa appunto per cui son rette due linee, che hanno un egual passaggio da un punto all' altro de due posti all' estremità, e più o meno son curve quelle altre, che più o meno da una tal dirittura si dipartono. Tal graduazione adunque di maggiore o minor rettitudine, che non può darsi nelle azioni umane perfettamente conformi alla legge, si che una di esse sia più retta dell altra, come (per continuare su gli esempj tratti dai principj geometrici) tra due linee fra lor paralelle non può essere una più paralella dell' altra, tal graduazione dico di maggiore o minor reità troppo chiaramente apparisce nelle diverse azioni inique, che non avendo un punto certo e fisso del loro allontanamento dalla legge, o più o meno secondo la loro diversità medesima da essa si allontanano, e ora per uno, ora per più titoli, e per titoli ora più ora meno rilevanti e qualificati, quasi da punti diversi da cui muovono, e a cui vanno a terminare, alla legge stessa si oppongono.

Questa stessa graduazione egli è ben di dovere che tenga l' umana giustizia nalle pene; con cui perseguitare le azioni criminose per modo che con mano più pesante punisca le più enormi, con più rilenta le men gravi. Conciosiachè crescendo e decrescendo il comune interesse ch' esse non si commettano a proporzione della maggiore o minor gravezza delle medesime, e delle conseguenze che ne derivano di privato e pubblico pregiudizio, deve la prudenza secondo la stessa proporzione di tel pregiudizio, che da esse ne venga, e della importanza della legge per esse violata, porre, e rinforzare gli ostacoli civili, che ritengono i sudditi dall' avan-

garsi a tali attentati a misura delle più o meno sensibili ferite, che da essi ne riceve, così il privato come il pubblico bene, e delle spinte ch' altri possono avere a intraprenderli: ciò che fassi con le leggi, le quali determinano, e con l' esecuzione che mette in pratica le pene con saggio avvedimento determinate; così un abile architetto intento a riparare le imminenti e minacciate rovine di un edificio, dal pericolo del medesimo prende le dovute misure al conveniente riparo. Come adunque scusare l' iniquo Dracone nell' ingiusta eguaglianza, ch' egli stabilìva fra tutti i delitti, e la pena uguale, che a tutti egli imponeva col dire, che faceva, che i delitti nell' altrui estimazione leggieri a lui sembravano degni di morte, e che non trovava maggior castigo per i delitti degli uomini comunemente riputati maggiori? Eppure un celebre scrittore di diritto criminale, che con le sue opinioni ha pur troppo fin ora regolata la vita, e la fortuna degli uomini presso molti tribunali, richiamasi all' esempio delle leggi di Dracone per sostenere, secondo il suo barbaro modo di pensare, giusta la pena di morte imposta al furto semplice. (1) Ma non c' incresca di andare ancora un poco più innanzi a rintracciare i principj, onde discende l' origine delle pene, e il diritto di punire. Egli è certo che le pene, e il diritto di punire non debbano il loro principio che ai patti sociali, e alle convenzioni fattesi delle civili società, come metteremo più in chiaro ove si parlerà dell' oggetto, e fine delle pene. Le pene adunque, ed il diritto di punire, (che non debbono dipendere dal capriccio del legislatore, ma dalla natura della cosa, e dalle relazioni del delitto alla

(1) *Carpzovius prax. crimin part. II quæst. 77.*

sicurezza e tranquillità dello stato, e suoi cittadini) tendono a conservare, e difendere dall' ingiusta usurpazione d' un qualche privato, o in tutto o in parte il sagrosanto deposito della primitiva indipendenza naturale, fatto nelle mani della suprema podestà politica da ciascun membro della civile società, ed a mantenere conseguentemente quella tranquillità e quiete, che su l' oggetto, il qual trasse gli uomini indipendenti, ed isolati a formare le civili unioni, e ad obbligarsi per preciso contratto all' osservanza di quelle leggi, le quali a chi fosse messo a presiedere, e a dirigere, paressero opportune e necessarie al pubblico bene. Queste pene pertanto, a questo diritto di punire non possono eccedere la necessità di mantenere l' indennità di questo deposito, e la tranquillità e sicurezza della società, e conseguentemente debbono misurarsi dai gradi di forza politica, che in sè contiene l' attentato criminoso a danneggiamento di tali obbjetti. Quindi è che proporzionato sempre alla gravezza maggiore, o minore del privato danno, o pericolo del ben pubblico risultante da un fatto criminoso, debb' essere il mezzo d' andarvi al riparo colle pene.

Sono queste le armi consegnate dalla politica, colle quali difendesi ed assicurasi dalle violenze e dispotismi de' privati la società, poichè le leggi, onde derivano i mezzi, sono dalla politica civile introdotti per guarentire vicendevolmente gli uomini ridotti alla vita sociale, dalla forza e oppressione altrui, e per assicurarli nel possesso, e godimento di quel fine ed oggetto, che si erano proposti nella formazione della civile unione. Or dunque queste armi debbono essere proporzionate alla forza, cui si oppongono; altrimenti l' esecuzione della pena, vestirebbe il carattere di una ingiusta tirannia, e

di una prepotenza, e violenza iniqua, non altrimenti di quel che farebbe chi per difendere la propria vita, eccedesse i limiti dalla ragione prescritti al diritto della propria difesa. Non è forse egualmente giusta la fissazione de' limiti, dentro i quali debba essere circoscritta tanto la pubblica forza politica, quanto la privata morale?

Regola certa adunque dovrebbe essere nella giurisprudenza criminale il paragonare in frà di loro, e misurare con proporzione geometrica ossia armonica, per parlare col Bodino, i delitti, e le pene a quelli applicabili dal maggiore o minor danno, o pericolo che recarono o recar poteano alla società que' delitti medesimi; e con ragione perciò riprendesi dal Bodino (1) Aristotile, perchè dopo aver saggiamente stabilito, che la distribuzione de' premj, e delle spoglie deve avere una geometrica eguaglianza ossia corrispondenza alle fatiche, e ai meriti, nell' imposizione delle pene per lo contrario vorrebbe adottato il sistema della proporzione aritmetica; quando è regola per altro della dialettica da quel filosofo stesso insegnata, che due termini posti in confronto fra di loro, e in perfetta contrarietà, aver debbono un medesimo regolamento.

Ora per venire al nostro scopo, e per misurare la politica forza a nuocere, che in sè contiena un furto semplice, riflettasi che l' interesse particolare posto in confronto coll' interesse generale della società, non è niente più, che come una persona considerata in confronto coll' intiera nazione. Dunque le pene, che non hanno per oggetto, che l' interesse privato, dovranno essere assai minori di quelle, che hanno per oggetto l' interesse generale.

(1) *De republic. lib. VI pag. mihi 1192.*

La pena del furto, che non è utile, che alla conservazione dell' interesse privato, perchè eguagliarla a quella dell' assassino, dell' omicida, del rattore, e simili, che di lor natura interessano la società per sì gran maniera? Ma così va; tanto sono esuberanti le pretensioni del cuore umano, che ciascuno come il ragno nel mezzo della sua tela riguarda se, cioè il privato suo interesse come il centro, a cui debbano andare a terminare quasi tante fila tutte le cose del mondo, e tutte le macchine politiche.

La pena inoltre dovrebbe pur essere misurata non solo con la gravezza maggiore, o minore, ma con la natura stessa, e indole dirò così del delitto, ed essere a quella analoga, in quella guisa, che analoga è la pena di morte al delitto di chi tolse l' altrui vita. Questa conformità, e analogia facilita il contrasto, che dev' essere frà l' idea che spinge al delitto, e quella che nell' imaginazione della pena dissuada l' animo di chi lo commette. Aggiungasi, che una pena, affinchè produr possa il suo effetto, basta che il male, ch' essa apporta al criminoso, sorpassi il bene, che a lui ne ridonderebbe dal delitto, facendo insieme entrare nel calcolo dell' eccesso del male sopra il bene, la certezza del castigo, e la perdita dei vantaggi, che si lusingava conseguire nel delitto. Ogni severità, che passa questi limiti è inutile non meno che tirannica. Il ladro pertanto o cerca d'arricchirsi, condotto dal piacere di aver sempre maggior roba, e mosso dal motivo dell'avarizia, s' impoverisca con farlo restituire tanto di più oltre il rubato, come abbiamo nelle leggi Attiche, Romane, ed Ebraiche; o cerca per questo modo riparo alla sua povertà, e nuda esistenza per vivere con minor pena, e disagio, e si riduca in ischiavitù, facendogli pro-

vare una vita tutta opposta, e diversa da quella che si andava divisando di godere col mezzo de' furti.

Reca stupore il riflettere a quel paralogismo in pratica, per cui mentre chi cagiona gravissimi danni anche con dolo, e malizia, non vien mai punito di morte, se si eccettuano certi casi singolari, come di chi incendia case (3) e simili; per contrario chi ruba anche con leggiero altrui danno, è punito troppo spesso colla morte. Per cagion d' esempio chi uccidesse un cavallo, un bue, o somiglievoli animali di prezzo non viene già obbligato, che a risarcire il padrone del prezzo. È forse più grave misfatto adunque rubare un cavallo, un bue, che l' ucciderli? Se getterò un vaso d' argento altrui con animo di recar danno al padrone di esso, in luogo ove si perda, non vengo obbligato, che a rifarlo del prezzo (4); ma chi invece si appropriasse questo vaso dovrebbe subire forse la morte; qual proporzione?

Per ritornare alle leggi di Dracone, queste non durarono guari presso gli Ateniesi, e furono sepolte con ragione nella più oscura oblivione per un tacito consenso di tutto quel popolo, e in successo di tempo a queste furono surrogate quelle di Solone le quali pel loro pregio riuscirono di poi secondo la frase di Marcellino (5) il massimo firmamento del romano diritto; che se le leggi atesse di Solone sono riputate in molte lor parti selvaggie e stravaganti, facendo Luciano di fatto dire a Giove, che esse sieno un esempio di somma

(3) *Leg. Qui edes 9. D. de incend.*
(4) *Leg. Qui servandar 14. §. sed et si calicem de praescript. verb.*
(5) *Lib. XXII cap 19.*

mattezza (6), deesi ciò attribuire assai alla voluttuosa libertina ed incolta vita, che Solone menò almeno negli anni più giovanili; giacchè le leggi sono sovventemente il ritratto del carattere del legislatore: ma non potranno però mai essere frodate molte di essa del dovuto elogio per la sana filosofia, di cui sentono, e tali sono quelle singolarmente, che al furto non assegnano maggior pena della pecuniaria. Adunque.

. . . . *adsit*
Regula peccati, quæ pœnas irroget æquas,
Ne scutica dignum horribili sectere flagello (7)

VIII.

Dell' oggetto e fine delle pene.

Se noi ci figuriamo gli uomini nello stato d'indipendenza andar raminghi pe' campi e per le selve, ove l'allettamento dei loro sensi, e l'impeto delle loro passioni, portatosi senza altro freno di legge, che della naturale scolpita nel cuore di ognuno, senza chi avesse diritto d'invigilare all' osservanza di questa stessa natural legge, e senza che vi fosse giudice imparziale, che determinasse e decidesse della giustizia, e conformità delle azioni alla detta legge di natura, forza è pure che vegiamo insieme, come presto in quello stato infelice il disordine amor proprio superar doveva le barriere oppostegli dalla reciproca amorevolezza, e propensione impressee dall' autore della natura nell' uman cuore, come il principio fondamentale, e

(6) *Icaro Menipp, pag. mihi* 689
(7) *Horat. Saty.* 3. *lib. I vers.* 117

il cardine, su cui sorger dee, ed aggirarsi ogni dovere di un uomo inverso egli altri. Quindi quali violenze, eccessi, crudeltà, e barbare procedure degli uni contro degli altri succeder non doveano tutto dì in questo ipotetico stato di natura primitiva!

Questi sconcerti, che a noi mettono orrore all' immeginarli, furon quelli, che indussero gli nomini dal bel principio a soggettarsi ad una pubblica autorità. Conobbero essi lo svantaggio ed i gravi pericoli, dei quali ere pieno il troppo incerto steto di indipendenza naturale, e giudicarono più vantaggiosa alla loro conservazione e tranquillità, una libertà limitata e circoscritta; e così da un potentissimo veleno che distruttivo sarebbe steto d'ogni sociale amistà, qual è l'amor proprio, si estrasse anzi un efficacissimo antidoto, con cui conservare la vita elle società civile, e formare quel legame, che stringe in mille maniere con vicendevole impegno li cittadini fre loro. Sotto la direzione adunque di un sol capo, o di una radunenza, che quel capo regger li dovesse con leggi acconcie al loro oggetto, trovarono lo scopo, e cui mirevano, e nella mani di questo depositarono parte della natie libertà, per metterlo in istato di loro garantire quell' altre perte, che si ereno riserbati, e quindi l'osservenza delle leggi di questo direttore, e capo come oggetto delle utilità personale formò la circonferenza, intorno a cui si aggirano le umane azioni, *mihi quidem non apud Medos solum, ut ait Herodotus*, è Cicerone che così discorre, (1) *sed etiam apud majores nostros justitiæ fruendæ causa videntur olim bene morati reges constituti. Nam*

(1) *De offic. lib. II. sup. XII.*

cum premeretur inops multitudo ab iis, qui majores opes habebant, ad unum aliquem confugiebant virtute præstantem, qui cum prohiberet injuria tenuiores æquitate constituenda summos cum infimis pari jure retinebant. Questi capi, che poscia furono denominati SOVRANI, Re, e Principi, non furono considerati da prima, che come tutori dello stato pubblico *ideo principes regesque, et quocumque alio nomine, sunt tutores status publici* (2).

Egli è certo, e l'intimo sentimento, comune linguaggio della natura, e della ragione ci convince, che tutti gli uomini col rinunziare allo stato d'indipendenza ebbero in vista il proprio bene o vantaggio, non però sul privato di ciascun individuo considerato come in uno stato isolato, ma congregato per tal maniera dalle vicendevoli relazioni de' membri della società, che l'utile ne ridondi al privato da quello stesso, che ne torna alla comunità.

Nonostante la necessità, in cui si videro gli uomini di rinunziare una parte della propria primaria libertà naturale, e di assoggettarsi alle leggi civili della politica società, tale e tanta è sempre mai stata la presunzione, e pretensione del cuore dell'uomo, che vorrebbe più obbligati gli altri a sè stesso, che sè stesso agli altri; e però non sempre depone anche in mezzo alla civile società quella natura d'indipendenza, e di dissoluzione; onde soventemente la rea perturbazione alla pubblica quiete, e tranquillità, e tenta di usurpare dal pubblico deposito quella parte, che vi ha contribuita con iscapito il giogo delle leggi, e della soggezione; quindi fu necessario colle leggi stesse della società

(2) *Seneca de clementia lib. I cap. IV.*

autorizzare alcuni motivi più sensibili nelle pene stabilite agl' infrattori delle leggi. Siccome le fiere non possono ridursi alla mansuetudine ed a svestire la natia ferocia, che con que' mezzi, che sono direttamente opposti alle inclinazioni della natura loro, cioè colle percosse, colle minaccie, colle catene, colla fame, e simili; così gli uomini pure nello stato originario d'indipendenza poco meno feroci delle fiere medesime, doveansi contenere nel pacifico stato sociabile con mezzi opposti alla indipendente loro natura, gravosi, e dispiacevoli, quali sono i dolori, l'infamia, e la perdita dell'intiera loro libertà, de' loro beni e simili, conciossiachè come ben riflette Aristotile, *castigationes medicinae sunt; medicinae autem per contraria fieri consueverunt* (3). Può avvenire bene spesso, che siccome rispetto alla fiera, la quale abbia fatto riuscir vane tutte le cure, e tutti i mezzi, onde ammansarla, altro mezzo non vi sia per sottrarsi dalle sue ugne, che l'ucciderla; non altramente anche l'uomo, il quale caparbio sia e impaziente di direzione e di dipendenza, e metta a pericolo la pubblica sicurezza e tranquillità, procurando di restituirsi nel primiero dispotismo di sè medesimo, possa essere lecito l'ucciderlo, onde la morte sua non solo ci sottragga dalle sue violenze, e dal pericolo di essere oppressi, ma sia di freno coll'esempio anche agli altri, *ut documentum omnium* come dice Seneca (4) *sit, et qui vivi noluerunt prodesse, morte certe eorum respublica utatur.* Quindi benissimo trasse Aristotele la necessità delle pene dalla natura del uomo (5), *vulgus non ita natum est ut pudori obse-*

(3) *Ad Nicomach lib II cap.* 2.
(4) *De ira, lib I cap* 6
(5) *Ethic lib X cap ult.*

quatur, sed ut metui, nec ut abstineat a pravis ob turpitudinem, sed ab supplicia, e Cicerone rettamente commenda Solone per aver detto, *rempublicam duabus rebus contineri præmio, et pœna* (6) perciocchè come dice Tacito, *malus dum pavet, justus paret* (7).

La sicurezza pertanto de' cittadini, e della tranquillità pubblica è l' oggetto primario delle pene, e del diritto di punire conceduto alle somme podestà politiche. L' espiazione del reato, e la soddisfazione dovuta alla giustizia divina, non può essere l' oggetto e il fine delle pene nello stato civile; poichè questo non può spettare alle pene umane, avvegnachè altro è la giustizia divina, e altro è la giustizia umana. La bilancia, che la giustizia divina usa nel pesare la malizia de' reati, è affatto diversa da quella che la ragione politica mette nelle mani della umana giustizia. Quella misura ne' suoi interni rapporti il peccato, e questa negli esterni effetti e conseguenze (8). Quindi ottimamente Seneca (9) ci addita l' oggetto particolare della pena umana, *aut ut eum*, dice egli, *quem punit, emendet, aut ut pœna ejus cæteros meliores reddat, aut ut sublatis malis ceteri securiores fiant*. In somma l' oggetto delle pene non fu mai di tormentare esseri sensibili, ma di prevenire, e impedire nuovi delitti.

Da ciò ne viene, che tutte quelle pene, le quali fossero nell' atrocità, e gravezza loro, non già direttamente opposte al loro oggetto, e fine, ma inu-

(6) *Lib. I ad Brut. epist. XV.*
(7) *Annal. lib. 4*
(8) *Heinec. element. jur. nat. et gent. lib. II. cap. VIII. § CIV.*
(9) *De clement. lib. I cap. 22.*

tili e superflue, sarebbero contrarie a quella giustizia, che richiede dagli uomini la natura medesima, e insieme deroghererebbero formalmente alla natura del contratto sociale, cioè a quel tacito contratto stipulato, soltanto dal naturale sentimento degli uomini nel cospirare alla unione civile. Secondo questo contratto dobbiamo considerare il magistrato posto a inquirere, e punire i delitti come un medico politico della civile società, il quale adoprar dee i rimedi blandi e lenti, dove il male non abbia necessità del ferro, e del fuoco. Tal è appunto l' avviso, che abbiamo da Cicerone (10) *in corpore si quid ejusmodi est, quod reliquo corpori noceat, uri secarique patimur, ut membrum aliquod potius quam totum corpus intereat; sic in republicæ corpore, ut totum salvum sit, quidquid pestiferum est, amputetur*, e in altro luogo (11) *sicut medici membram putrefactum sæpe incidunt, atque in totum eradicant, ne aliam corporis partem possit corrumpere, sic necesse est ut malos homines extirpemus, si republicum salvam esse volumus*. Pene giuste saranno adunque quelle per mio avviso, che faranno una più efficace impressione, e più durevole su lo spirito degli spettatori, e nel medesimo tempo sieno le meno crudeli sul corpo del reo. Il diritto di privata proprietà, non fu il più interessante oggetto della civile società; anzi fu per sè stesso il meno considerabile, e per cosseguenza qualunque attentato, che non avesse in vista, che il pregiudizio di questo diritto, sarebbe un delitto, in cui la società non vi avrebbe quel grande interesse per perseguitarlo

(10) *In Philip VIII. pag.* 894.
(11) *In Vatinum.*

colle pene, che hanno per unico oggetto la sua conservazione, e il pubblico bene.

L'oggetto in somma, e il fine ch' ebbero gli uomini nello stabilire la pena al furto, dovette essere assai limitato, e circoscritto, perchè non usciva almen di prima e diretta intenzione dagli angusti confini dell'interesse privato, e fu precisamente, affinchè l'infingardo non godesse con abuso delle fatiche del laborioso, ed industrioso, e più che aggiungo, che la società si è obbligata almen da principio di garantira a ciascun privato nel frutto delle proprie fatiche, l'uso de' beni più che il diritto di proprietà, che non fu introdotto che assai tardi come vedremo a suo luogo, e ciò con relazione al deposito, che a questo riguardo ciascun privato ha fatto nelle mani della società medesima, e noi abbiamo veduto poc' anzi, qual sorta di deposito sia quello, che i privati fecero per garantirsi vicendevolmente il pacifico usufrutto de' beni loro, che è in somma il deposito de propj beni, non già della propria vita quasi a tal effetto oppignorata; non essendo credibile, che volesse veruno avvilire cotanto il dono più prezioso dalla natura ricevuto, qual è la sua vita, al paragone mettendola, e a compenso di beni miserabili in realtà e dispregievoli, per quanto pur sieno dall'avarizia e ingordigia umana falsamente apprezzati.

§. IX.

Continuazione.

Tutt' i legislatori furono persuasi di questa verità, che il terrore delle pene possa assai su lo spirito umano per contenerlo in dovere. Romolo le

conobbe, poichè come scrive Dionigi d' Alicarnasso (1) *cum videret ipsum metum homines ab omni facinore deterrere maxime posse, multa ad eam rem paravit, et tribunal, ubi sedens judicabat in fori loco maxime conspicuo, et milites numero trecentos, qui ipsum sequebantur,, speciem quamdam formidabilem, et virgas, et secures a duodecim lictoribus prœlatas, qui verbera promeritos in foro cædebant, et cervices illorum, qui gravissima scelera patrassent, in omnium conspectu percutiebant.* Roma ne' suoi principj popolata soltanto di schiavi fuggitivi e di uomini criminosi necessità aveva di un pomposo apparato di rigore per poter contenere almeno col timore in dovere una moltitudine scapestrata. Che poi le leggi di Romolo fatte per un popolo, che bisogno aveva d'una disciplina più severa, conservate almeno in parte siensi state da' decemviri nelle loro dodici tavole, egli è ciò che con ragione si dee riprendere in questa seconda epoca della legislazione Romana.

L' esempio, ritornando al nostro proposito, di chi è punito, o si punisce, influisce assaissimo sul cuore degli uomini, *multum* diceva Orosio (2) *ad coercendam audaciam valet propositum punitionis exemplum, cum ipsa miseri præsens forma videntes, et ad recordationem admonet conscios, et ad sciscitationem ignaros.* Ma questo esempio dovrebbe esser tale, onde instillare un salutare orrore verso il delitto, e non verso la pena, e il modo di eseguirla; poichè quando lo spettacolo è tale, che in vece di eccitare negli spettatori un interno abborrimento al delitto, eccita degl' interni risentimenti contro

(1) *Antiquit. Rom. lib. II.*
(2) *Histor. lib. VI cap. II.*

la pena, che si eseguisce, la natura è in contradizione colla legge, e l' umanità con un linguaggio il più dimostrativo pruova e detesta l' ingiustizia della pena, e la improporzione di essa col delitto.

La pena dunque dovrebbe essere sempre tale, onde risvegliare con forza nella immaginazione, e fantasia degli spettatori, o comunque fatti di essa consciî, l' idea del delitto, la qual passando (siami lecita una volta tanto una di quelle meccaniche spiegazioni, che sono ad altri sì famigliari in questi tempi), la qual dico passando per le fibre della sostanza midollare venga ad urtare, e premere, ed eccitare l' intellettuale potenza a giudicare, e decidere della corrispondenza e giustizia della pena paragonata alla natura e malizia del delitto, e quindi a concepire per mezzo della pena stessa quell' orrore ed esecrazione, che il delitto stesso si merita. E in vero, per quanto ne dicano in contrario negli empj loro sistemi, gli Spinosa e gli Tolandi, che l' idea del gastigo, quella non eccita della colpa, che per esso si punisce, e tutt' insieme, ora il timore, che pur' è sì gran freno a contenerci in dovere, ora l' abominio, che già è, o fuga attuale o risoluzione di fuga dalla colpa stessa, non può mettersi in dubbio agli uomini per intima sperienza convinti, che in vista singolarmente de' meritati gastighi, e supplicj divantano sovente giudici anzi carnefici di sè medesimi al commettere che fanno un azione vietata

. . . . *quos diri conscia facti mens habet attonitos, et duro verbere caedit occultum quatiens animo tortore flagellum* (3) perchè, come dice Cicerone nell' orazione pro Mi-

(3) *Iuvenal satira XIII.*

lone magna vis est conscientiæ, et magna in utramque partem, ut neque timeant. qui nihil commiserint, et pœnam semper ante oculos versari putent, qui peccarint.

Nel far però, che la pena al reo imposta metta in altri orrore al delitto, per cui s' impone, riflettasi che il principal fine delle pene nella civile società, è stato quello di contenere coll' esempio tutti gli altri membri più che quello di punire il delitto, poichè il delitto già commesso non può disfarsi, *nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur, præterita enim revocari non possunt, futura vero prohibentur*, dicea Platone presso Seneca (4), e con Platone disse parimente (5) Aristotele (6) che le pene non s' impongono per colpa già effettuata, perche un fatto criminoso consumato non può restituirsi nel pristino stato di non esistente, o puramente possibile; ma s' impongono per impedirne una nuova esistenza in avvenire, *in ultione seu pœnis* così finalmente conchiude Obesio ancora, *spectandum esse non malum præteritum sed bonum futurum* (7) ma lascio le ragioni, su le quali egli si fonda, siccome aliene dalle massime di religione, e anche dal naturale buon senso. Le pene adunque, giusta questo fine precipuo di esse qui stabilito, dovrebbe procurarsi che sian tali, per quanto è possibile, che maggior breccia facciano nell' altrui animo, che nel corpo del delinquente. V' ha infatti delle circostanze, le quali mitigano pur alquanto il senso dei supplicj al reo che lo sof-

(4) *De ira lib. I cap. 16 ante fin.*
(5) *In Protagora*
(6) *Politic lib. 7 cap. 13.*
(7) *De cive. cap. 3 § 13.*

fre. Tale è al dir di Quintiliano (8) la previa aspettazione, e la preparazione dell' animo a soffrirli, la quale ne scuote anticipatamente il timore che tal volta è più crudele, e tormentoso della pena medesima: *levat omnes cruciatus, omnem dolorem præparata mentem composuisse patientia.... non habemus ullum nisi ab impatientia dolorem. et ut aliquid crudele sævum sit, metus facit.* Tale è la naturale altrui compassione, che entrando a parte del dolore, ne scema al misero l' acerbità e il peso.

Ma sopra tutto io osservo, che la pena in chi l'ode, e sa, e molto più in chi la rimira eseguirsi, opera in ogni tempo secondo tutta la sua estensione con la considerazione, che in ogni tempo ne suggerisce di tutta intiera, l' infelicità, a cui tal uomo è condannato; laddove nel paziente è più limitata quanto al tempo, o perche se il supplicio è grandemente tormentoso, la sperienza di esso nel momento presente tutta ne assorbisce l' anima, e la distoglie, e la rende impotente a riflettere al dolore, che sentirà in appresso; o perche, se la pena è sol di un lungo disagio e fatica, dov' essa comparisce ad altri sempre la stessa, rendesi in pratica a chi la sostiene sempre men disgustosa per quella forza, che ha un lungo uso d' impiacevolire ogni più dura condizione di vita, e ogni disastro.

Quelle pene adunque, che hanno maggior estensione, saranno le più acconcie all' oggetto civile delle pene medesime e meglio produranno quell' effetto, che pretendeva appunto Giustiniano (9) quando scrisse ad un giudice, *ut pravorum hominum supplicio omnes reliquos continue castiges.* Im-

(8) *Declam. XI.*
(9) *Novell. 30. cap. 11.*

perciocchè a ben esaminare la umana costituzione, lo spirito dell' uomo non forma le idee morali, che sorgono da un oggetto fisico tutte ad un tratto, ma con lento moto di progressione cagionato da varie, e replicate impressioni degli esterni oggetti; avvenga che la riflessione, di cui son opera le dette idee, è più lenta del movimento macchinale precipitato dalla sensazione prodotta pel solo corporale meccanismo. Quindi è che un orrendo supplicio, che su una pubblica piazza si eseguisce in faccia al popolo, non può, è vero, non fare una violenta impressione allo spettatore, ma essendo questa di breve durata non ha per mio avviso a indurre e mantenere in altri orrore al delitto tanta forza, quanto la vista di un infelice privo di libertà fra ceppi consumato dall' inedia, e dalla disperazione. Questa che rinnova frequentemente agli occhi il crudele spettacolo colle replicate impressioni, opererà con maggior vantaggio su lo spirito, che la spietata esecuzione di uno, che si mette a morte, o sotto la spada del carnefice, o sotto la mannaja, o sopra un infama patibolo, poichè la brevissima e quasi istantanea estensione della pena fa dimenticare anche in breve l' intensione di essa, avvegnachè è sempre stata una regola generale, che le impressioni violente, sorprendono e atterriscono, ma il loro effetto non può durar guari, ne puo resistere alla dimenticanza troppo naturale all' uomo.

§. X.

Della pena di morte.

Il Bielfeld (1) dice, che non è ancora ben deciso sui principj del diritto di natura a qual punto la vita d' un uomo sia in potere d' altri uomini. La proposizione è giusta, se riguardar vogliamo al solo primario diritto di natura; ma noi dobbiamo vedere quando è, che nello stato civile a quello posteriore secondo le convenzioni sociali sia permesso di mettere a morte un uomo. Si è qui avanti accennato, che due sono i depositi, che l' uomo indipendente ed isolato ha fatti, allorchè rinunciò alla sua indipendenza per aggregarsi alle civili società; uno della propria vita e libertà, e l' altro de proprj beni e robe. Il primo per sicurezza e pegno dell' altrui vita e libertà, il secondo per sicurezza e pegno dell' altrui diritto di possesso, ed uso dei proprj beni e robe. Da questi depositi ne deriva la dottrina de' Romani giureconsulti, che il reo come da sè medesimo si obbliga alla pena (2), e singolarmente di Marciano là dove dice che il reo, *quodammodo sua mente punitur* (3) al che si confà quel che abbiamo nelle civili istituzioni, che le obbligazioni generalmente *aut ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio* (4), onde un reo si può dire obbligato a

(1) *Institut. politic. cap. 6 §. 33 tom. 1. pag. 263*
(2) *L. 34 D. d. jure fisci*
(3) *L. fin. cod. ad legem Juliam majest.*
(4) *§ 2. Institut. de obbligat, vide etiam.*

subire la pena più dalla sua aziona criminosa, che dalla legge medesima.

Quindi ne viene, che a niuno può essere tolta la vita, e perciò privato della ragione, ch'egli aveva sul deposito da esso fatto, o sia sul pegno da esso depositato, se non se quando col proprio fatto ha perduto il diritto, che aveva su quel deposito e pegno.

La sovranità, che sola può autorizzare le leggi, che impongono per pena la morte, rappresenta la volontà generale della intiera società, volontà, combinata dall' aggregato politico delle volontà particolari; la riunione delle quali, come dice il Gravina, fa ciò che dicesi stato civile. Dobbiamo noi pertanto credere e presumere, che uomini dalla sola necessità condotti a rinunciar ad una parte della propria natia libertà, abbiano voluto contro il natural sentimento interno linguaggio della natura, e della umanità, e contro la guida sola, che trasseli dallo stato naturale allo stato civile, permettere un diritto sì illimitato su le loro vite, e su la loro morte; onde anche per una miserabile e tenue parte de' beni altrui perder dovessero quella, e incorrer questa? *Nulla juris ratio*, dicea un giureconsulto Romano, (5) *aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.*

È in ogni uomo istinto universale della natura di non rinunziare ad un bene, o vantaggio, se non per ricambiarlo in un migliore, qual ei si figuri di ottenere: ma qual cambio più infelice, più lesivo de' diritti dell' umanità stato sarebbe mai che quello

(5) *L. 25. d. de legibus.*

di rinunziare all' intiera sua libertà, al dispotismo di sè medesimo, per entrare in uno stato, in cui la vita preziosa dell' uomo fosse posta al confronto di beni di lor natura vili, e di niun conto, e dal sommo Creatore prodotti al mero servigio ed uso dell' uomo, ed a lui intieramente subordinati? Forse perchè alcuna volta servono d' infame stromento alle passioni dell' uomo, saranno eglino perciò stimabili e pregievoli? In si fatta maniera non sarebbe ogni uomo interamente eguagliato, e posto nella medesima classe cogli schiavi del fasto Romano, i quali nulla più erano riputati d' una qualunque più vile cosa privi d' ogni diritto di personalità? In teoria si aborriscono i pregiudizj del Romano diritto in questa parte, e in pratica si conservano, anzi si estendono.

Io non so adottare il sistema dell' autore del trattato dei delitti, e delle pene, che la pena di morte non sia un diritto, ma una guerra della nazione con un cittadino (6) se pure un giusto diritto ei non ammette di questa, ch' ei chiama guerra della nazione. Ma per adottare questo modo almeno di parlare; dunque un infelice, che bene spesso più per necessità, che per altro toglie all' avarizia de' ricchi qualche porzioncella del loro superfluo, mentre per altro i ricchi medesimi s' inebriano del sangue de' miserabili, impunemente spogliandoli della loro propria sussistenza, interessar potrà cotanto la nazione, onde questa debba chiamare all' armi, e suonare a stormo per distruggerlo? Un infelice inerme, e che il timore solo lo fa rubare di soppiatto, sarà di tanta conseguenza, onde allarmare tutta gente a fargli la guerra come contro un formidabile nemico della nazione?

(6) § *XXVIII dell' edizione quinta.*

Ma per usare termini secondo che a me ne pare più giusti, io dico, che la pena di morte ossie l'imposizione di una tal pena, è una parte ossia conseguenza del diritto, o per meglio dire del dovere del Sovrano, il quale siccome incaricato dalle leggi e convenzioni originarie della società a invigilare al bene dello stato, a tener lungi da esso tutto ciò, che può essere contrario al suo bene, e quindi a prendere le misure più efficaci per procurare e conservare questo bene, così dir si dee investito formalmente dallo stato medesimo del diritto di togliere a' criminosi la vita, qualora questa interessi il pubblico bene. Quindi un particolare, il quale perturbi il pubblico riposo, che scuota il giogo delle leggi, che minacci i suoi concittadini, che li massacri, se degno verrà giudicato di essere messo a morte, non è che si riguardi tanto come nemico della società, quanto come un membro putrido incancrenito, e corrotto, che tollerato potrebbe portare la corruzione fino al cuore dello stato, e perciò il Sovrano, che fa l'officio di un medico abile, e di pratica dotato, taglia prontamente questo membro corrotto, e impedisce, che il veleno si dilati con maggior danno e pericolo, *quo vitium*, come ben disse Plutarco (7), *sicut morbum comitialem tollat antequam invadat*.

Si oppone al sistema qui assunto, che se l' uomo non può uccidersi da se medesimo, non poteva neppure il diritto di ucciderlo cederlo ad altri. Io voglio prescindere dalla conseguenza perniciosa di questa proposizione rispetto al diritto del Sovrano di esporre la vita de' suoi sudditi alla guerra, con-

(7) *De tarda Dei vindicta in oper. moral. pag. mihi* 325. *n.* 3o.

seguenza forse scappata nel calore dello scrivere a chi ha fatto tal rilievo. Per discorrere però sul proposito nostro dico, che il suicidio, ossia per usar di un greco vocabolo l' autochiria, è proibita dalla ragione naturale antecedentemente ad ogni supposizione di vita sociale, ed anche dalla stessa per special motivo, supposto lo stato di civile società.

È proibita prescindendo da ogni supposizione per diverse ragioni secondo il diverso modo di opinare di diversi autori, imperocchè v' ha chi sostiene, che ciò sia per l' opposizione di una tale azione per temerario eccesso alla virtù della fortezza, sul qual fondamento la ripruova Aristotele (6) dicendo *mortem enim obire fugientem inopiam vel amorem vel molestum. Quod fortis non est, sed potius timidi, nam laboriosa fugere nec quia honestum id facere, sed ne malum habeas, mollitia est*, e perciò pure riprendesi non irragionevolmente Tommaso Moro là dove nella sua immaginaria repubblica Utopiesa o permise, o parve che permettesse che uno aggravato da grave infermità possa da se medesimo ucciderai, o di sua volontà farsi uccidere da altra mano. Altri la voglion proibita, per l' opposizione che essa ha alla carità, di cui ciascheduno è debitore a se medesimo; qualch' altro per quella che vi si scorge alla giustizia verso Dio, a cui fa quella ingiuria chi uccide sè stesso, che farebbesi ad un padrone uccidendogli il servo; e secondo che a me ne pare per tutti insieme questi riguardi, o anche per quel solo, che osservò tra cristiani Lattanzio, e M. Tullio tra gentili, che Iddio avendoci egli creati, e conservandoci in vita, vuole che viviamo finchè a lui non piaccia di torci

(6) *Ethic lib* 3.

da questo mondo, *sicut enim*, così Lattanzio (9) *in hanc vitam non nostra sponte venimus, ita rursus ex hoc domicilio corporis, quod tuendum nobis assignatum est, ejusdem nutu recedendum est, qui nos in hoc corpus induxit tamdiu habitaturos, donec jubeat. Emitti vetat*, così Cicerone (10), *vetat dominans ille in nobis Deus injussu hinc nos suo demigrare*; quindi ne venne quell'obbrobrio, in cui furono tali fanatici carnefici di sè stessi presso quasi tutte le nazioni barbare ancora, e gentili condottevi dal solo lume naturale a cospirare in un tal principio, secondo che ci attesta Grozio (11) su la fede di Aristotele. Virgilio con giusta filosofia sebben poetando destinò un lungo apparato nel suo inferno a questi tali pentiti troppo tardi dell'enorme lor fallo.

Passan di mano in mano a quei che feri
Incontro a sè, la luce in odio avendo,
E l'alme a vile anzi al prescritto giorno
Si son da loro indegnamente ancisi;
Ma quanto ora vorrebbero i meschini
Esser di sopra, e povertà vivendo
Soffrire, e della vita ogni disagio;
Ma il fato il niega, e nuove volte intorno
Stige odiosa gli ristringe e lascia. (12)

Dissi proibito questo attentato per ispecial motivo, supposta l'istituzione della civile società dalla stessa natural ragione, perchè questa divieta generalmente ogni cosa, onde ne torni ad altri ingiuria, e chi uccide sè medesimo, la ingiuria alla

(9) *Divinar. instit. lib. III. cap. 18.*
(10) *Tusculan. quest. lib. 1. cap. 30.*
(11) *De jure belli et pacis lib. 11. cap. XIX. § V.*
(12) *Dalla traduzione del Caro del lib. VI. dell' Eneide verso 434.*

società, cui toglie un membro di essa obbligato ad impiegarsi a vantaggio della medesima, e non autorizzato a disporre della sua vita a suo arbitrio.

Nulla rileva dunque primieramente contro lo stabilito sistema (per dire anche ciò almen di passaggio) il non trovarsi tra le Romane leggi alcuna, la quale espressamente condanni l'uccisore di sè medesimo: conseguenza essendo questa dello stoicismo, che troppi progressi fece tra Romani massimamente giureconsulti; ma anzi abbiasi una legge nel codice dall' imperatore Marco Antonino stabilita, la quale così prescriveva: *Fratrem, vel patrem tuum si nullo delato crimine dolore aliquo corporis, aut tedio vitæ, aut furore vel infamia* o sia *insania* come altri meglio vogliono leggere, *aut aliquo casu suspendio vitam finisse constiterit, bona eorum tam ex testamento quam ab intestato ad successores pertinebunt* (13) onde in conseguenza di questa legge racconta poi Tacito (14) che di fatti *eorum qui de se statuebant, humabant corpora, manebant testamenta pretium festinandi*. A uno stoico qual era l'antidetto imperatore, non doveva parer delitto, che un uomo colle proprie mani, dandosi la morte anticipasse la felicità di unirsi alla divinità, di cui le anime degli uomini, secondo gli stoici, erano tante particelle.

Meno ancora suffragano a favore del suicidio le autorità, che si sogliono addurre di Seneca, Plutarco, e tanti altri antichi, presso de' quali leggesi non solamente non condannata, ma commendata altamente simil barbarie da taluni contro sè stessi praticata; e là dove massime si esalta da essi il fa-

(13) *Lib. 1. cod. de bonis eorum qui mortem sibi consciverunt.*

(14) *Annal. lib. VI.*

matismo a questo riguardo degli antichi Brachmani pretesi filosofi tra gli Indiani, benchè per altro Seneca (15) abbia dovuto confessare esservi uomini sapienti, *qui vim afferendam vitæ suæ negent, et nefas judicent ipsum interemptorem sui fieri. Expectandum esse exitum quem natura decrevit*; poichè essendo il suicidio chiaramente condannato da una legge ad ogni altra superiore, non abbiamo bisogno, che il suffragio vi si aggiunga di veruna umana autorità.

Nulla in secondo luogo provano a favore del suicidio gli esempj, che si adducono di Eleazzaro, e Sansone, e se altri ve ne sono non riprovati per la corta morte, cui si esposero, là dove le divine scritture ne fanno il racconto, o di quelle sante vergini riconosciute per vere martiri dalla chiesa, che da sè si gittarono quali nelle fiamme, quali in un fiume, poichè alcuni di questi esempj altro non ci rappresentano che uomini valorosi, i quali non per diretta intenzione di uccidere sè stessi, ma per combattere e uccidere i nemici della patria, si esposero ad un evidente pericolo di restar morti essi stessi; ciò che non è volontà di darsi la morte da sè stesso, nè però cosa illecita, come prova tra gli altri ottimamente il Lessio (16). Che seppure volesse asserirsi ne' detti eroi una tale positiva intenzione di dare a sè stessi la morte, si applichi ancha ad essi ciò che son per aggiungere. Altri fatti adunque come gli accennati di alcune sante vergini, ne' quali veramente apparisce un vero darsi che fecero la morte da se stesse, o debbono attribuirsi come gli attribuisce S. Agostino ad una particolare ispirazione di Dio padrone assoluto della vita e morte no-

(15) *Epist.* 70.
(16) *De just. et jure lib.* II. *cap.* 9 *n.* 27.

stra, o possono scusarsi per ignoranza incolpabile, non essendo sì evidente, che non possa incolpabilmente ignorarsi, che a difesa della pudicizia, a cagion d'esempio, o a protestazione della fede, o anche a difesa della patria sia illecito il darsi da sè stesso la morte.

Nulla, per dare finalmente risposta diretta al-l'objezione di sopra accennata, nulla rileva il dire, che se l'uomo non può uccidersi da se medesimo, neppure poteva cedere ad altri questo diritto; imperocchè altro è primieramente il torsi da sè stesso la vita, altro il permettere che altri ce la tolga, a subire anche volentieri e senza sottrarcene in pena del proprio peccato, o per altro onesto motivo, la morte che da altri si voglia a noi inferire. Il primo è ciò che si dice illecito, non il secondo; e tanto appunto insegnò S. Girolamo (17) con queste parole *non est nostrum, mortem arripere, sed illatam ab aliis libenter excipere . . . . non licet propria perire manu . . . sed percutienti colla submittere*.

Dico io secondo luogo, che non è propriamente veruna cessione fatta dagli uomini quella che ha costituito primitivamente nell'umana società il diritto su la lor vita; ma che tutto altronde, e da più alto principio deve derivarsi. A spiegar questa verità troppo importante vuol supporsi la dottrina infallibile di S. Paolo (18) *non est potestas nisi a Deo*, della sapienza al capo sesto, *audite reges quoniam data est a Deo potestas vobis, et virtus ab altissimo* e ne' proverbj al capo ottavo: *per me reges regnant* e finalmente per non andare più a lungi di Daniele a Nabucdonosore: *Deus*

(17) *Ex can. non est nostrum* 23. *quaest.* 5.
(18) *Ad Ebreos* 13.

cœli regnum, et fortitudinem, et imperium dedit tibi. Iddio adunque unico assoluto padrone, e arbitro della vita, e morte degli uomini, e providentissimo conservatore e difensore del comune loro bene, supposta la civile società, in cui essi convenivano, o dovevano convenire, ha dato al corpo della stessa società la podestà necessaria a poter contenere in dovere le membra, che la compongono, e qualora manchino a' loro doveri, e sieno al corpo stesso perniciose, a prendere di loro vendetta, troncandole ancora, e privandole di vita, ove a tal fine fa d' uopo. La qual podestà passa poi ne' principi o supremi magistrati delle repubbliche, a' quali è rassegnata la repubblica stessa con quelle modificazioni, che al pubblico bene, e alla natural ragione convengono, ed è però in essi almeno mediatamente da Dio proveniente, per prescindere quì dalla controversia, che nulla gioverebbe al mio intento; se anzi debba dirsi da Dio immediatamente in essi collocata in quella guisa, che immediatamente da Dio ha la sua autorità il sommo Pontefice, benchè l' abbia per mezzo di una umana elezione. Se si parla dunque della podestà, che hanno i principi ne' loro stati, o i supremi magistrati nelle repubbliche sopra la vita dei loro sudditi, può dirsi, ed è vero, che tal podestà suppone un patto o espresso o implicito, e da un tal patto procede, con cui ognun de' sudditi ha in essi depositata la sua vita medesima, cedendo non già ad un diritto, per cui egli potesse di per sè disporre di essa e togliersela, ma a quello per cui tal podestà era di sua natura in tutto il corpo di quella civile società, che di essi formavasi; ma sè si parla di quella podestà, che da Dio solo autore della natura sociėvole hanno avuto gli uomini, come necessaria conseguenza, e

proprietà naturale di lor creazione, questa nel legamento civile seguito in fatti frà di loro non suppone alcun patto ad essi libero, o deposito vicendevole, o cessione previa di una podestà, che essi non hanno di lor natura, qual è il diritto di ciascheduno sopra la propria sua vita, e che solo compete a Dio lor creatore e signore, il quale senza intervento di lor volontà dar lo poteva, e lo ha dato in quanto esigevalo la necessità di uno stato sociale ben regolato a tutto insieme, e ad ogni popolo in una intiera comunità radunato, col potere di trasferirlo in uno o più individui, o se così piace di parlare, il potere a sè riserbando di trasferirlo per sè medesimo immediatamente in uno o più individui.

Questa verità, che abbiamo qui stabilita, vale a dire che la podestà di potere punire gli uomini colla morte naturale derivi per primo suo principio della sovrana podestà di Dio su la vita e morte degli uomini, partecipata da esso al corpo delle civili società, che poi in seguito la depositarono o in uno o in più individui circoscritta, e regolata da alcune convenzioni, o tacite o espresse convenienti ad una giusta economia di governo civile, sembra che conosciuta l'abbiano le stesse barbare nazioni, dacchè molte di queste hanno creduto, che le pene capitali non potessero convenire, che alla divinità, come quella, che per senso comune sola si tiene avere un diritto originario *vitae et necis*. Quindi rimasero ai Romani le formole *sacer esto*, *capital esto* per condannare alcuno alla morte naturale, perche il *sacer esto* e *capital esto* fu propriamente termine dell' jus pontificio adoperato ne' sagrificj, mentre si consideravano i condannati alla morte come vittime immolate a Dio sdegnato.

Con tutto ciò parmi soddisfatto sufficientemente, e allo scopo propostomi in questo capo, e alla objezione principale, che può incontrare il mio discorso.

§. XI.

Falsa idea di utilità nella pena di morte imposta al furto.

Su quella falsa persuasione, in cui sono molti, che l' utilità dello stato prevalga a quelle massime d' intrinseca e innata giustizia, che in noi derivano dalla ragione naturale (persuasione insinuata dalla tirannia, e fomentata dalla barbarie) credono alcuni di autorizzare la pena di morte imposta al furto semplice. Fosse almeno così, e comprovata apparisse dalla sperienza tale utilità che veramente ne torni allo stato, a all' intento del legislatore, poichè è sempre sospetto il linguaggio di qualunque bella e speculativa ragione, qualora a ciò che accade di fatto, o non ben si accorda, o chiaramente ripugna. Che ce ne dice adunque la sperienza? Risponde a questa interrogazione il presidente Montesquieu, (1) osservando che in Moscovia (prima che dal cielo per special dono le sia stata data la immortale eroina, che ora fa la delizia degl' immensi suoi popoli, ed è l ammirazione del mondo, la quale ha saputo con tanto discernimento riformare i costumi, e le leggi del suo Impero) quando la pena de' ladri semplici, e quella degli assassini e ladroni, era eguale, invece di rubare semplicemente,

(1) *Esprit des lois. liv. 6. chap. XVI.*

si assassinava; e osservando all' incontro, che nell' illuminato ed equissimo governo della China, ove gli assassini e ladroni sono condannati a morte, e non i ladri semplici, si rubba: ma non si assassina. Risponde alla stessa interrogazione il giureconsulto Alessandro, così scrivendo ne' suoi consigli: (2) *Mirum mihi sæpe visum est cur tanta supplicio um gravitate in fures utantur ii, qui parricidia pecunià mulctare solent; est enim pœna capitalis in fures acerbior, nec satis ad furta coercenda idonea. Quibus vero populis eadem furti ac homicidii pœna est, satius est hominem occidere quam furari.* Io fatti per ritornare in Moscovia, dappoiche sotto il dolce Impero di vent anni di Elisabetta, e sotto il presente della grande Caterina seconda, non fu mai messo a morte un qualunque criminoso, e molto meno i semplici ladri, li furti, ed i delitti non si sono punto moltiplicati con questo umanissimo istituto, ma anzi i relegati nella Siberia, o condannati per alcun tempo a pubbliche opere sono spesso divenuti gente da bene e utili allo stato. Il che supposto dirò pur io qui con Quintiliano (3) *Nemo dubitabit quin si nocentes mutari in bonam mentem aliquo modo possint, sicut posse interdum conceditur, salvos esse eos magis e republica sit, quam puniri.* Un uomo morto non serve a nulla, e le pene che inventate sono pel bene della società, non debbono essere che utili ad essa. Ognuno può comprendere che dodici ladri robusti condannati alle pubbliche opere per tutta la loro vita servono alla società, ed allo stato colla loro pena, quando facendoli morire non fruttano che al carnefice prezzolato per ucciderli.

(2) *Cons.* 110 *lib.* 4.
(3) *De orat. lib.* 2. *cap.* 1.

Per quella impressione, la qual sembra, che quasi a replicati colpi si faccia vieppiù sensibile allo spirito umano dagli oggetti, che spesso ritornano a presentarsegli, l'oggetto crudele e frequente di un ladro condannato a morte, è riputato pena conducente a rimover gli animi da somiglianti accessi; ma intanto non si riflette, che *severitas*, come dice Seneca (4) *quod maximum remedium habet, assiduitate amittit auctoritatem*. La frequenza degli spettacoli atroci, ne' quali, come se si rinnovassero i crudeli ed orrendi spettacoli dell' anfiteatro romano, mettonsi con pomposi apparati i ladri a morte, fa che una tal pena si riguardi con un occhio indifferente dai ladri medesimi, che ocellati ancora si ritrovano fra gli spettatori, e tanto poco gli atterrisca, che collo spettacolo medesimo avanti gli occhi si fanno a rubare. Notò generalmente parlando il poc' anzi citato Seneca (5) *ea sæpe committi quæ sæpe vindicantur*, ed è costante pressochè la entrare nel cuore degli uomini l'osservazione da me accennata nel §. IX., che non è l'intensità della pena quella, che più operi su l'animo dell' uomo, ma l'estensione piuttosto e durata di essa; quindi è che si tollera con più costanza il tormentosissimo taglio di un braccio o di una gamba, come che di intenso spasimo ma di certa durata, che il dolore meno acerbo, ma continuo, che obblighi, e tenga la persona in una continua, e lunghissima sofferenza, e crocio. Farà perciò più forza su l'animo di uno scellerato l'idea di una lunga e stentata vita priva di libertà, e piena d'affanni e stenti, che l'immagine della morte medesima quanto siasi atroce. È forse esempio raro di

(4) *De clement lib.* 1. *cap.* 23.
(5) *Ibid. eod cap.* 23.

chi ha scelta la morte piuttosto che la pena di una sola perpetua e lunga prigione? Due fatti ho pur io uditi da persone d' indubitabil fede assai rimarcabili a questo proposito. L' uno è avvenuto qualche anno fa in Pavia, se non erro, in un uomo, il quale innocente di un capitale misfatto, che venivagli imputato, accusossene da se stesso sol per sottrarsi da' ceppi, e dallo squallor della carcere, da cui vedeva di non potersi liberare se non per mezzo dell' infamia, e della morte che avrebbe subito senz' altro, se la divina provvidenza, che veglia a difesa degl' innocenti, non avesse per via insolita e maravigliosa manifestato il vero reo, e vendicata l'innocenza. L' altro è di un soldato, il quale da un saggio sacerdote (da cui io stesso ne ho udito il racconto) rimproverato della intenzione conceputa, e delle disposizioni già fatte per disertare a titolo singolarmente del pericolo della vita, a cui sarebbesi posto con un tale attentato, rispose quegli, che perciò appunto ne depose poi il pensiero, perchè inteso avea, che più non si facevano morire i disertori; ma condannavansi a dieci anni di catena, cosa la qual faceva a lui assai maggiore impressione, e orrore, che non la stessa morte. Ora se tra due oggetti che vogliono aversi in vista nella imposizione de' gastighi il *primo* cioè d' emendare il reo, e il *secondo* di dar esempio agli altri, non può se non il primo aver luogo nella pena di morte, ottenendosi questo in una maniera più efficace, e più attiva col risparmiare la vita di un uomo, qual titolo, e qual ragione di pubblica utilità potrà giustificare il dare ad un tal uomo la morte? Anche dal governo domestico, che vuol tenersi in una privata famiglia ben può giudicarsi e prendersi norma di quel che convenga ad un saggio regolamento politico e civile.

Non credo pertanto disacconcia al mio assunto la riflessione, che siccome i fanciulli trattati e gastigati troppo crudelmente dai loro genitori e precettori insolentiscono maggiormente, e divantan peggiori sotto la sferza; così uomini singolarmente nella rozzezza cresciuti e ne' vizj, e assai più che gl' inesperti fanciulli dalle loro passioni, anzi che dalla retta ragione guidati, si inaspriscono viepiù, e si ostinano nella loro perversità alla atrocità de' supplizj, che veggonsi minacciati; anzi avvien sovente, che tal vista medesima gli animi ad eccessi più enormi di quelli, a' quali li porterebbe la malnata loro inclinazione. Contenterebbesi il ladro a cagion d' esempio di rubare senza bruttarsi le mani nel sangue umano, se il timore della morte, che incorrerebbe col venire scoperto dal derubato non facesse diventare assassino, e omicida. La pena medesima, è quella che l'obbliga in certo modo a divenir tale, e così la pena di morte, con cui vorrebbonsi esterminare dal mondo i ladri, non scema il numero di essi, e moltiplica quello degli assassini. Ne veggiamo pur troppo in diverse parti gli esempj.

I paesi, e i tempi de' più atroci supplizj furono sempre quelli delle più sanguinarie ed inumane violenze; poichè la comparsa stessa di crudele e fiera, in cui si mostra l' umana giustizia, indurisce ed assuefà i cuori a rimirare con indifferenza le più orrende prove di crudeltà e fierezza, senza che la natura e l' umanità possano giungere a ridarguirli con le loro interne voci. Ella è pertanto pratica riflessione degli antori Cinesi, che quanto più nel loro impero aumentavano le rigorose esecuzioni contro dei rivoltosi, tanto più crescevano e si esasperavano le rivoluzioni, (6) e perciò pure

(6) *Esprit. des lois. lib. 6. cap. IX.*

disse Cicerone duver la pena esser tale, che *nec puniendo invitet animum inhumanum ac ferum, nec omnia pretermittendo licentia deteriores reddat*. (7) La storia romana ci somministra una forte conferma di questa verità. Finchè sotto la repubblica le pene capitali erano rare, e se non in casi straordinarj adoperate, consideravansi, come fenomani singolari le intraprese sanguinarie e inumane. Allorchè passò sotto il governo barbaro di alcuni Imperatori attibondi del sangue umano, e che per leggiere colpe e false imposture od anche a bel diletto mettevano a morte gli uomini; non si laggono in quella storia che fatti, i quali rivoltano l' umanità. Tanto è vero ciò, che si rifletta nella istruzione data dalla regnante Imperatrice delle Russie, che l' esperienza di tutti i secoli dimostra, che la pena di morte non ha mai resa migliore una nazione.

§. XII.

Della misura del furto.

Il carattere del furto semplice, di cui intendo in questa mia opera di ragionare, è l' essere fatto di nascosto e senza animo di offendere chicchessia, o sia di notte buja o sia di giorno chiaro, onde non sia inteso il reo, nè dal modo stesso del suo operare possa esser convinto di attentare alla pubblica sicurezza e tranquillità civile. Finchè adunque il furto resterà dentro questi cancelli, sarà sempre semplice, che che ne sia dell' effetto da esso derivato. Però uno che abbia rubato molte volte in questo modo, sarà egli per questo solo più che

(7) *Cic. de rep. lib* 2.

on ladro semplice? La distinzione di furto manifesto, e non manifesto del diritto Romano stabilita, ora non ha più luogo, ma vi si è surrogata quella della maggiore o minore quantità. Poco o molto che sia ciò, a che stendasi la mano del rubatore, siccome l'azione è sempre della stessa natura, benchè ora più ora meno lesiva dell'altrui diritto, così soggiace del pari alla cognizione e censura dell'umana giustizia. Ciò, che avvisò S. Girolamo dicendo (1) *fur non solum in majoribus, sed etiam in minoribus judicatur. Non enim id quod furto oblatum est, sed mens furantis attenditur. Quomodo in fornicatione non idcirco diversa sit fornicatio seu mulier sit pulcra seu deformis, ancilla, aut ingenua, paupercula, aut opulenta, sed qualiscunque illa fuerit, una est fornicatio, ita est in furto, quantumcumque quis abstulerit, furti crimen incurrit*, e la novella sassagesima nona, ove abbiamo, che *quamvis res, de qua agitur, minima videatur, tamen justitiae ratio, non ex quantitate, sed ex suis regulis debet aestimari*. Di più il testo ci insegna (2) che *qui dolium aperuit, et inde parum vini abstulit, non tantum ejus, quod astulit verum totius videtur fur esse*. Questa è dottrina di Ulpiano. Qui però per non inciampare negli errori delli Stoici, ne' quali si può con ragione dubitare, che involto fosse il medesimo Ulpiano, convien supporre, che il ladro messo abbia mano alla botte coll' intenzione di rubare tutto, e non parte soltanto del vino, e che l'accidente solo abbia impedito l'effetto della rea intenzione.

Certo, che i delitti non si debbono misurare

(1) *Ex cap ult 14 quest. 6.*
(2) *L. 21. § de furtis.*

dall' effetto, quando l' effetto non è stato opera che del caso, ma dall' oggetto vizioso. La pena dee riguardare l'oggetto, e non l'effetto casuale d' un'azione criminosa, quando non si voglia punire più l'azione meccanica, che l' azione morale. È vero che il romano giureconsulto Saturnino ha detto, che ne'delitti *eventus spectatur*, ma ciò dobbiamo intendere per giudicar da questo l' esistenza del delitto, e non la misura, ossia la gravezza di esso. Abbiamo osservato, che il fine delle pene non è altro, che d' impedire il reo dal commettere somiglianti eccessi, e di rimoverne gli altri. Questo fine si ottiene colla correzione principalmente dell' atto primo, cioè dell' intenzione depravata del reo, e non tanto dell' atto secondo, che sovente non è effetto se non del caso. quindi è celebre il detto, che *in maleficiis voluntas spectatur non exitus* (3), e quel di Seneca che i reati (4) *quamvis citra exitum subsederunt, puniuntur*, mentre *omnia scelera*, come egli soggiunge, (5) *etiam ante effectum operis quantum culpæ satis est, perfecta sunt*, e quindi finalmente potè dire Ulpiano (6) che *qui ea mente alienum quid contrectavit, ut lucrifaceret, tametsi mutato consilio id domino reddidit, fur est, neque enim tali peccato pœnitentia sua nocens esse desiit*.

Non è per tutto questo, che io voglia dire, che sia punibile il solo pensiero e intenzione di commettere delitto, ben sapendo la regola del diritto civile, *cogitationis pœnam non esse* (7) e che

(3) *Lib. D. ad leg. Cornel. de sicar.*
(4) *In epitom. contr. ov. 7.*
(5) *Ex libello in sap. non cad. ina. cap. 7.*
(6) *Lib. 65 de furtis*
(7) *L. 18 D. de pœnis.*

cogitationis pœnam nemo patitur (8), regola abbracciata anche dal diritto Pontificio (9). Intendo soltanto di dire, che la misura del delitto debba trarsi dalla volontà e intenzione del reo, che l'ha commesso, senza distruggere perciò la necessità dell'effetto per giudicare dell'esistenza del delitto, e della natura e carattere del medesimo. Siccome poi dal fatto stesso si pruova abbastanza l'intenzione, così questa non dee presumersi, dove il fatto non consti, nè può punirsi l'intenzione stessa, come furto o latrocinio, ove in realtà non sia seguito il fatto: sopra di che abbiamo nel diritto romano più leggi, che illustrano questa proposizione con molti esempj (10).

Strano sembrami pertanto il vedere troppo spesso non dalla maniera del furto, da cui deduconsi i gradi della malizia dell'inteozione, ma dalla pura quantità del medesimo misurata la proporzione della pena da applicarvi. La quantità per sè stessa non dovrebbe essere considerata, che per quella parte di pena, la qual risguarda il risarcimento, e l'interesse del danneggiato.

Due sono gli oggetti della pena particolarmente opposta al furto: uno l'assicuramento comune delle sostanze proprie diciascheduno dall'altrui rapacità, che aver non si potrebbe, se il furto andasse impunito: l'altro l'indennizazione particolare della persona che fu danneggiata. Il primo nasce dalla natura di un tal delitto, la quale essendo sempre la stessa in ogni furto, non pare che fondi ragione a diversità di pene, che a diversi furti cor-

(8) *L.* 21 § 7 *D. de furtis*
(9) *Cap.* 14 *et* 20. *de penitent. distinct.* 1.
(10) *Dicta l.* 21. § 7 *de furtis l.* 6. *in princip. D. l. Cornel. de falsis l.* 25. § 2. *D. eodem et alibi.*

rispondono; e certo non vi sarà, chi dica, che ogni piccol furto sia per questo sol riguardo punibile di morte. Consiste il secondo nella sodisfazione dovuta, e se vuol aggiungersi ancora in una certa ragionevol consolazione alla persona danneggiata. E questa è quella, che dalla quantità del furto vuol prendersi e misurarsi: ma qual prò da una vendetta sì atroce, qual è quella della morte del danneggiante? Qual soddisfazione o conforto ha un uomo più ripugnante alla umanità, di quello di mandare a morte un altro uomo? Qual risarcimento del danno recatogli potrà egli ottenere il danneggiato dalla morte del ladro? Non è anzi a lui tolta con ciò ogni maniera, ed ogni speranza di risarcirsi?

§. XIII.

Delle cagioni de furti.

La miseria, e la disperazione sono per troppo sovente la cagione funesta de' furti; ma essi sono anche spesso conseguenza di altri vizj morali. Sono i furti in somma di quel genere di delitti, che assai d'ordinario sono preceduti da un vizio o politico nella costituzione dello stato, o morale nell'animo guasto dell'uomo. La morale volgare declama contro gli effetti, e perdona alle cagioni.

Il furto è per lo più effetto di una morale necessità indotta dalla forza d' un anteriore abito ad altro vizio. L' uomo si falvizioso per antecedente elezione, e poi ladro per conseguente quasi necessità. Chi stende la mano per commetter un furto, ha in vista lo sfogo di una qualche violenta passione, per cui procura i mezzi di procacciarle l'esca bramata. Il furto è il dardo vibrato, ma la mano

che ha teso l'arco ne fu la cagione impellente. Si riflette per lo più alla ferita, e non alla mano, che ha scoccato il dardo feritore: si puniscono con eccessivo rigore i furti; e i vizj, che ne furono la sorgente, sono per lo più compatiti, tollerati, non curati, se non anche applauditi. Il prevenire i delitti, è il fine principale di ogni retta legislazione, e della istituzione delle pene, e podestà di punire, dove almeno tal podestà non è messa a traffico, e non è considerata per un fondo di negozio utile a straricchire.

Se si prendesse di mira il riformare primieramente i difetti politici, che possono essere cagione di certi delitti, e il correggere, e punire in seguito i vizj cardinali, onde gli altri derivano, darebbesi un moto più metodico alla macchina politica, e l'economia del meccanismo civile, prenderebbe una nova tendenza e inclinazione, così che la giurisprudenza criminale non diverrebbe l'oggetto più interessante della società, come deve essere oggidì, stante il sistema finora adottato. Ma come sperare ciò, dove il fisco è considerato come una sorgente perenne di ricchezze, onde migliorare la propria privata condizione di quelli, che dovrebbero avere la prima e principale influenza per promovere tal riforma?

Il prenderla contro l'effetto, e risparmiare la causa, è un effetto o sia sistema contrario all'economia, che si sono prefissi gli uomini nella istituzione della civile società. Dice però ottimamente Grozio, là dove vuole che il delitto commesso da un ubriaco sia punito non per la ragione dell'effetto provenuto da chi non aveva sano l'intelletto, ed incapace era perciò d'imputazione, ma per la ragione dell'antecedente viziosa causa, che fu l'ubriachezza. Che che ne sia di ciò, un saggio legisla-

tore prevenir dovrebbe la disgrazia, e la necessità di dover divenire un legislatore terribile con andare alla radice de' disordini, sicchè non abbiano a nascere per quanto è possibile, e non abbiano quindi ad armarlo formidabilmente alla vendetta. A questo fine Amaride Re dell' Egitto riflettendo, che una gran parte de' delitti, e de' furti singolarmente nascono dall indigenza e mancanza, o viziosa trascuraggine de' mezzi necessarj ad un onesto sostentamento della vita, stabilì per legge sotto gravissime pene, che dovesse ogni anno ciascun de' suoi sudditi presentarsi al governator rispettivo della provincia, dare il suo nome, e far constare con autentico attestato le sostanze, o l' impiego lucroso, o l' arte, che avesse, onde vivere e mantenersi secondo lo stato suo onestamente. Questa legge fu adottata da Solone almeno pe' suoi Ateniesi, come raccontano Erodoto, e Diodoro, dico almeno da Solone, perchè il Marsamo pretende di dimostrare, che molto prima fu da Dracone introdotta in Atene ad imitazione degli Egizj, che furono la nazione maestra de' Greci, ed è maraviglia, che i Romani fra le tante altre leggi, che trasser da' Greci, questa abbiano omessa e negletta, molto acconcia per altro al buon sistema civile, come sarebbe ogni altra, che prevenga, e impedisca i delitti, e scemando la dura necessità di metter mano a' supplizj, il piacere mantenga, e promova, che ha in suo cuore un amorevol sovrano di poter reggere in pace, e risparmiare il sangue de' suoi sudditi. Poichè.

. . . . quisquis est placide potens,
Dominusque vitæ servat innocuas manus,
Et incruentum mitis imperium regit,
Animæque parcit (1).

(1) *Seneca hercules furens vers* 738.

§. XIV.

Del diritto di proprietà.

Il secondo oggetto, ch' ebbero gli uomini nell' aggregarsi alla civile società fu quello di godere tranquilli il frutto delle loro fatiche e de' loro sudori; ma questo non costitui per allora quel diritto, che nel nostro senso comune si dice di proprietà. Questo fu introdotto dappoi sotto certi titoli di usucapione, di accessione, di dominio quintario, e bonitario, di prescrizione, a altri somiglianti. I titoli più rispettabili della proprietà non dovrebbero essere che il travaglio, e la coltura; e questi furono in fatti quelli, che si ebbero in vista nella divisione de' terreni ai tempi di Faleg nipote di Noè l'anno centesimo trigesimo secondo dopo il diluvio. Ma questi titoli furono aboliti dagli abusi introdotti col tempo nella civili società. La natura non ci ha impartito altro diritto su i beni, e su la roba, che il passeggiero dell' usufrutto e dell' uso. E quindi a seconda del senso primitivamente dalla natura inspirato passando gli uomini dallo stato di natura allo stato civile, divisero fra di loro i beni, non in ragione di privata proprietà, ed assoluti dominj, ma in ragione di semplice usufrutto, ed uso, come può ricavarsi da Varrone, là dove dice, che *terra culturae causa attributa est olim particulatim*, a cui è conforme il detto di Tacito, *agri pro numero cultorum ab universis occupantur*, e di Euripide molto, più il quale assolutamente asserisce, che quelli, che diconsi padroni, *usumfructum tantum rerum habent et administrotionem eorum bonorum* (1). E in vero in buon senso filosofico, ben

(1) *In phenis. vers.* 558

può dirsi anche oggidì, e sempre, che i beni di fortuna, e le ricchezze divengon più nostre con l'uso, che ne facciamo, che col diritto, che ce le fece toccare in sorte. Onde non meno del retto uso, e amministrazione di esse, che della giustizia dell'acquisto fattone debb'essere sollecito, chiunque vuole con giuste massime regolarsi. Dalla comunione negativa, in cui erano i beni da principio fra gli uomini, passarono essi o per tacito, e libero comun consenso, o forse non senza prepotenza de' più facoltosi in assoluta, e privative proprietà de' particolari possessori; e coloro, che si rimasero, si acconciarono mal prezzolati nel puro grado di agricoltori, poveri restarono, e senza avere in proprietà una minima parte di quel terreno, che tutto avrebbe dovuto essere il prezzo di lor fatiche, costretti a lavorare e sbracciarsi per servire a'comodi, piaceri, e lautezze altrui. Il diritto di proprietà ridotto ad un tal punto ha introdotta fra gli uomini quell'ambizione frivola e fumosa, che tiranneggia gli spiriti leggieri, ed opprime i deboli e meschini ad onta dell'umanità, che ci dovrebbe sempre tenere avanti gli occhi quella intrinseca eguaglianza di natura, che havvi fra gli uomini tutti. Da questo diritto non circoscritto da' providi vincoli, e limitato, derivarono la due sorgenti perniciose alle civili società, la povertà, e l'avarizia. Un'apparenza di libertà è quella sola, che distingue in oggi la maggior parte di questi miseri lavoratori dagli antichi schiavi *glebæ adscripti*.

Finchè Roma limitò la facoltà di acquistare, e volle l'esatta osservanza della legge Licinia segnatamente, che le proprietà de' cittadini ristringeva e moderati confini (2), la mendicità era un feno-

(2) *Paul. manut. de legibus Roman. ex Macrobio saturnal. lib. III.*

meno raro in quella repubblica. Poichè s' introdusse il fasto, e le leggi vennero meno riguardo agli acquisti, e poste furono in dimenticanza, Roma fu piena di mendici e miserabili, costretti a togliere di quando in quando di nascosto qualche parte di superfluo ai facoltosi per sostentarsi. Nella saggia repubblica di Licurgo, ove l' eguaglianza delle proprietà frà cittadini era stabilita, potè il furto siccome rado ad avvenire, e più da colpa proveniente degli scioperati possessori, che da altro essere considerato per un arte di addestrare il popolo, e renderlo avveduto, ed accorto, anzi che per un delitto suscettibile di pena.

Le leggi, che provvedessero a coloro i quali male usassero de' loro beni, e prodigamente gittassero le loro proprietà, furono sempre giudicate opportune al buon governo della repubblica, avvegnache, come ci avvisa Giustiniano, *expedit reipublicæ ne sua re quis male utatur* (3), e secondo Aristotele *regulatio possessorum multum confert ad conservationem civitatis vel gentis* (4) Egli è perciò, che ottimamente veggiamo nelle leggi delle XII. tavole romane, non solo provvisti di tutori i pupilli, e di curatori gl' insensati (5), ma a qualunque scialacquatore ancora de' suoi beni tolta l' amministrazione di essi (6). Dopo le dodici tavole fu ordinato lo stesso dalla legge pretoria in ordine a codesti dissipatori delle loro sostanze, determinando soltanto ciò che in quelle non leggesi, che si sottoponesser costoro, e i loro beni alla cura de' loro parenti (7). Marco Antonino di poi, quel principe filosofo,

(3) §. 2 *Inst. de his qui sui etc*
(4) *Politic. lib. 2 cap. 2*
(5) *L. 1. d. de legitim. tutor.*
(6) *L. 1. d. de curatoribus.*
(7) *Ibid. loc. cit.*

e religioso osservatore della giustizia, considerandola poco buona e regolata condotta della gioventù, volle il primo, che indistintamente tutti gli adulti ancora fino all'età di 25. anni soggetti fossero ad un curatore (8). Leggi sì fatte, ed eseguite religiosamente riducendo i cittadini ad un saggio uso delle loro sostanze, impedirebbero non solo, che alcuni mal consigliati dilapidassero, e poscia si riducessero alla necessità di rubare per provvedere al mantenimento di que' vizj, che furono la cagione del prodigo loro scialacquamento, ma insieme sarebbero un provido ostacolo alla ingorda avarizia di alcuni seduttori della gioventù poco accorta per ispogliarla de' suoi beni, ed arricchire sè medesimi. Di queste arpie insaziabili pur troppo si abbonda, che non solo sono di danno alla società nello spogliare altri per tutto tirare a sè stessi, ma anche ne' vizj, che promuovono opportuni al loro intento, ed oggetto, come tanti zimbelli per tirare ne' loro lacciuoli occulti gli incauti, e improvidi regolatori del loro patrimonio.

Il picciolo numero de' proprietarj, e la moltitudine de' miserabili, ai quali l'altrui opulenza non lascia, che la nuda esistenza, è quell'assurdo politico, che produce gli autori de' furti. In vece adunque di perseguitare con tanto furore questi infelici dalla necessità per lo più resi malvagi, perchè non si procura di prevenire il delitto con mezzi opportuni al riparo di esso? *Discernuntur*, scrivea nella Utopia il celebre Tommaso Moro, (9) *furto horrenda supplicia multo potius cum providendum foret, ut aliquis esset proventus vitae, ne cuiquam*

(8) *Jul. capitol. in vita Marci Antonini.*
(9) *Lib. 1 fol. 57.*

sit tam dira furandi primum, dehinc pereundi necessitas.

Che 'l poverel digiuno
Viene ad atto talor, che in miglior stato
Avria in altrui biasmato.

Come cantò il Petrarca nel suo canzoniere. Il medico non cura sempre gl' infermi nelle parti infette, ma più spesso va a cercare, e recidere la radice del male molto più lontano; così un prudente legislatore nel curare i difetti politici del suo corpo morale, dee andar più lontano a togliere la causa del politico male della società.

Non ho inteso qui di porre in dubbio il diritto di proprietà, quale sussiste oggidì, poichè per la combinazione politica delle cose umane non di rado da un abuso deriva in successo di tempo un verace diritto. Io non ho altro scopo, che quello di mettere in una veduta meno ingombrata da' pregiudizj l' indole, e lo spirito del delitto di furto, per renderlo sempre degno, e suscettibile della compassione e sensibilità de' cuori umani, anzi che il più odioso oggetto, come sembra, che lo sia di fatto. È la voce dell' interesse privato quella che tanto declama, esagera, e strilla contra il delitto di furto, e che colle sue strida fa che non venga all' orecchio la voce dell' umanità.

§. XV.

Del lusso, causa de' furti, e di altri delitti.

Il lusso, dice il Montesquieu (1) è sempre in proporzione colla ineguaglianza delle fortune; ma

(1) *Esprit des lois lib. 7. chap. 7.*

io direi insieme, nè penso di dir male, che la moltiplicità di certi delitti, come de' furti, degli adulterj, de' veneficj, delle frodi ne' contratti, e simili, è in proporzione, e in ragion composta del maggiore o minor lusso. Il lusso è fomentato dalla disuguaglianza de' beni di fortuna, e da quella ridicola ambizione, che tiranneggia certi spiriti leggieri, e che il diritto di proprietà ha introdotto nelle civili società. Nel lusso ritrovano tutta la loro compiacenza, e lo scopo, direi quasi, della loro felicità, e dei loro desiderj certi spiriti, che niente più s' inalzano sopra la terra, di quel che facciano certi grossi vapori eterogenei. Ciascuno vuol' affettare la condizione di colui, che lo precede, quegli che precede, vedendosi imitato da' suoi inferiori vuol sempre più distinguersi, questi non pertanto si vogliono sforzare di seguitarlo, e così succede una continua gara, con cui a vicenda pazzamente si spolpano: *opulentia paritura mox egestatem* (a) ma che? Dove le proprie sostanze, dove il danaro loro limitato non possono arrivare a nutrire il lusso, in cui s' impegnano, conviene a costo dell' onore proprio, della giustizia, e della religione trovare i mezzi onde provvedere alle lor voglie. Quindi quante donne si prostituiscono per procurarsi a costo del loro onore, onde mantenersi in quell' orgogliosa comparsa, in cui si sono poste, quante figlie perdono il pudore per trovare il modo di provvedersi di ornamenti e gale, di pascere la loro vanità, e da non parer da meno delle altre, quanti figli hanno in odio la vita del padre, quanti nipoti quelle de' loro zii, all' eredità de' quali aspirano per anticiparsi la vana compiacenza di comparire luminosi negli abiti, e

(a) *Florus lib.* 3.

nei trattamenti, e quanti colle frodi e con gl' inganni nutriscono delle altrui sostanze la propria ambizione! Quindi il mancare fra' domestici, e serventi la fedeltà, fra' negozianti la buona fede, e fra gli amministratori del pubblico, e del privato la lealtà, e la giustizia, *cui pauca*, dice ben questa volta Epicuro, *non sufficiunt, ei nihil satis est*. Il lusso è la cagione di tanti mali. Le città grandi singolarmente ne possono somministrare infiniti esempj. Cartoccio quasi a' dì nostri divenne famoso ladro, col cominciare a rubare per mettersi in istato di grandeggiare anch' egli al pari di molti altri. E perchè dunque non si va alla radice di tanti mali con opportuni provvedimenti!

I Romani, que' saggi politici, che ben s' avvidero del gran male, che derivava dal lusso, stabilirono quelle sapientissime loro leggi dette sumptuarie, quali furono singolarmente la legge Licinia Cornelia, promulgata nell' anno della fabbricazione di Roma DCLVI. sotto il consolato di Licinio Crasso, e di Gnejo Lentulo (3), la legge Oppia *de cultu mulierum*, proposta da Cajo Oppio tribuno della plebe, essendo consoli Quinto Fabio, e Tito Sempronio l' anno di Roma DXXXIX. (4), la legge Orchina sotto il consolato di Quinto Metello e Marco Claudio (5), e finalmente la legge Fannia, ch' ebbe il suo principio nell' anno di Roma DXCII., essendo consoli Cajo Fannico, e Marco Messala (6). Queste leggi dopo qualche tempo parevano andate in di-

(3) *Cicer. lib. VII. epis. ad fam. epist. 26. Gell. noct. Attic.* 11.

(4) *Livius lib. 36. cap. 1. Tacit. annal. lib. 3. cap. 33. intor. la legge Oppia.*

(5) *Macrob. saturnal. III.* 17

(6) *Plin. histor. relat. X.* 50 *Gell. noct. Attic. loc. cit. etc.*

menticanza, poichè i Romani cominciarono a gustare la mollezza asiatica; ma Silla essendo dittatore, le volla rimettere nella primiera esatta osservanza (7). Le donne Romane poscia dimandarono al senato la rivocazione singolarmente della legge Oppia, che più particolarmente le riguardava, e il senato di Roma fu assai agitato a questo riguardo; ma poi vinse il partito delle donne (non è nuovo, che le donne dominino anche ne' consessi più rispettabili) (8). Quindi poichè Valerio Massimo l'epoca del lusso di Roma stabilisce alla rivocazione di questa legge, da questa epoca ancora cominciarono a dilatarsi in Roma i vizj, ed i delitti. Sotto Tiberio gli edili proposero in senato il ristabilimento delle leggi sumptuarie (9). Ma questo astuto tiranno, che voleva avvilire i Romani colla mollezza, e col lasciare libero il freno ai vizj, onde venisse finalmente ad estinguersi ogni scintilla della primiera virtù romana che risveghar potesse negli animi l'antico amore alla libertà, e scuotere il tirannico giogo, vi si oppose costantemente, affettando di voler mitigara l'antica durezza di vivere, *multa duritie veterum in melius et latius mutare*, e perciò sotto Tiberio, e dopo di esso, per lungo tratto di tempo inondarono Roma quegli orribili, e tanti eccessi derivati, e fomentati, se bene si vogliono analizzare, dal lusso, onde la storia singolarmente de' dodici Cesari fa inorridire.

Molti politici vogliono, è vero, che il lusso sia utile, anzi che dannoso allo stato (10), siccome un

(7) *Ammian. Marcell. lib. 16 cap. 5.*
(8) *Livius decade 4 lib. 4.*
(9) *Tacit. annal. lib. 3.*
(10) *Vedasi il Bielfeldt instit. polit. part. II. cap. IV. § 45 tom. II pag. 380.*

mezzo efficace per pulire la nazione, e una sorgente o conseguenza della prosperità del commercio, dell'agricoltura, delle manifatture, delle arti, de' negozj; ma essi, a ben discorrere, ciò debbono intendere di un lusso limitato, e proporzionato alle rispettive forze; poichè questo lusso scrive ottimamente il celebre Bielfeldt non dev' essere senza limiti. » Un grande stato, che nel suo seno racchiude » tutti gli operaj, che servono al lusso, può e deve » ancora introdurre una grande magnificenza, una » sontuosità straordinaria fra i suoi cittadini, av» vegnachè le spese che vi si fanno, incoraggiscono, » animano, vivificano il tutto, ed il danaro resta » nel paese »: ma allorchè un piccolo stato che vive delle sue rendite, che non ha che poco terreno e poco d' industria, vuol seguire le medesime massime, e lasciarsi trasportare dalla mania di contraffare il fasto delle grandi nazioni, esso sarà ben tosto ridotto ad un deplorabile sistema, poichè i suoi fondi passeranno in breve tempo nelle mani de' forestieri, dai quali trae egli i mezzi da sostenere l'impegno, che si è sopra le sue forze addossato. Questa riflessione prosegue il *Bielfeldt* dà luogo alla regola, che un sovrano dee sempre proporzionare nel suo paese, un certo lustro, e splendore, che è lusso, o a lusso si accosta, ai mezzi che si trova per mantenerlo nelle sostanze, e nell' industria de suoi sudditi. Questa è una lezione assai utile ad un paese, pel quale, e nel quale io particolarmente scrivo: lezione tanto più utile, anzi dirò necessaria, quanto più s' avvicina nel medesimo il presaggio, che in astratto pronostica il Bielfeldt a que' piccoli stati, che vogliono gareggiare colle grandi città, e colle più doviziose provincie.

I beni d' un uomo, dice un moderno filoso-

fo (11), dal cui vivace e penetrante ingegno si averebbero trattati, e opere eccellenti, e utilissime alla civile società, se non avesse perduto il tempo a sostenere paradossi, e a combattere, oltre parecchj insegnamenti santissimi, che abbiamo dalla Cattolica Chiesa, altri ancora universali, che anche dai filosofi si debbono rispettare. » I beni d' un uomo, » dic'egli, non consistono nello star nascosti ne' suoi » cassoni, ma nell uso, ch' egli ne può fare; ma» perciocchè le cose non diventano nostre, se non » per l' impiego, che noi ne facciamo ». Ciò è vero fino a un certo segno massimamente avendo la repubblica diritto di non essere frodata della circolazione di quegli alimenti, che mantengono in essere la vita morale del corpo politico, a guisa del corpo fisico, a cui mortale sarebbe, se il sangue in vece di circolare in tutta la circonferenza, venisse a ristagnarsi in una parte, o in un membro solo di esso, ma l' osservazione è imperfetta, se non vi si aggiunge, che per quella concatenazione, che hanno infra di sè le parti costituenti un tutto morale; il venir meno per povertà anche un solo individuo almeno in una piccola civile adunanza, torna in notabile pregiudizio di tutto il corpo di essa, come al ritirarsi, che faccia il sangue anche da un sol membro del corpo fisico, il corpo tutto ne risente il danno; onde anche chi è ricco dee proporzionare le spese alla sua entrata; e siccome in esso sarebbe vizio dannoso alla società, se vivendo da meschino spilorcio tutto il sopra più di sue rendite facesse colare, e tenesse imprigionato, e ozioso ne' suoi scrigni; così niente meno viziosa, e posi-

(11) *Gio Giacomo Rousseau cittadino di Ginevra ora ramingo per l' Europa.*

tivamente perniciosa per sè medesima, e pel pravo esempio sarebbe alla società la sua condotta, se spendendo più dei suoi redditi, venisse a impoverire. Nel qual caso la povertà, e mancanza de mezzi, con cui mantenere l' impegno preso di luminosa comparsa, dal quale non si vuol decampare, v' ha troppo gran pericolo, che faccia trascorrere a quegli eccessi criminosi, onde sussidio sperisi, e supplimento alla sopravvenuta impotenza. Ho detto abbastanza, benchè l' ampiezza della materia mi desse luogo a maggior estensione, ed il volesse forse l' importanza dell' argomento.

§. XVI.

Pregiudizi volgari intorno al delitto di furto.

Il comune degli uomini, e ciò che chiamasi volgo incapace, ed impaziente insieme di esaminare, e analizzare gli oggetti sì fisici, che morali, non suol ricevere le imperfezioni, che tutte di un pezzo, o dalla forza della educazione; o da quella di una servile tradizione. Questo nella sola considerazione delle pene, colle quali sono stati finora puniti i furti, forma di essi il concetto più nero, a ciò aggiungendo la tradizione delle massime stabilite, e derivate dalla barbara legislazione de' settentrionali selvaggi, ne compie nella sua mente un idea arbitraria di obbrobrio, e di vitupero sopra ogni altro eccesso.

Fa proprio inorridire il riflettere maturamente, che mentre si considera con tanto aborrimento il delitto di furto, riguardaosi sovente con troppa indifferenza l' omicidio, l' adulterio, l irreligione, ed altri delitti somiglievoli, l odiosa impressione de' qua-

li scolpitaci in cuore dalla natura medesima dee cedere il luogo ad un'altra capricciosa impressione stampataci dal pregiudizio della tradizione, e della educazione.

Insensibili perciò si vedono molti al lagrimevole spettacolo d'un infelice sagrificato all'idolo dell'interesse, per aver le sue mani portate sopra qualche minima parte della roba altrui per sovvenire alle proprie indigenze, mentre invece mostransi cotanto sensibili alla pena troppo spesso leggiera, e non proporzionata alla enormità del delitto, con cui si punisca uno, che le mani ha inumanamente lordate nel sangue del suo prossimo, divenuto vittima di una ingiusta vendetta, *mendaces filii hominum in stateris*, si può ben dire qui col Reale salmista.

Dico, che è pregiudizio del volgo il porre fra i delitti più gravi, e più nocevoli alla società il furto, il quale non è che dell'infima classe, e il meno nocevole alla società ravvisata in tutto il suo generale interesse. Pregiudizio del volgo è il pesare su un egual bilancia la vita inestimabile d'un'uomo co' beni di lor natura vili, e di niun conto; pregiudizio del volgo è quel carattere maggiore d'infamia, con cui notasi ingiustamente il furto in confronto coll'omicidio, col tradimento, coll'adulterio, ed altri delitti di tal calibro, che invece di vil roba ci tolgono la vita, e l'onore; volgo è, che troppo spesso si vede protetto da autorevoli persone, e sottratto non di rado con violenza ancora e prepotenza il più spietato sicario dal castigo meritato, e non si trova persona, che ardisca perorare, e proteggere la causa d'un infelice confinato in orride carceri per alcuni semplici furti. Pregiudizio del volgo finalmente è quel fanatismo di perseguitare un

ladro con un tal furore, per cui gli stessi congiunti arrossiscono di prestargli asilo o scampo, per cui allarmasi pressochè tutto il popolo, affinchè sia inseguito, e catturato, ma d' onde derivano questi pregiudizj? La tradizione, e l' educazione, torno a dire, hanno conservati i principj selvaggi della barbara moralità de' nostri antichi padri, usciti dagli orridi boschi, e gelate caverne della Scizia, e della Tartaria; e la passione dell' interesse, che in tutti più o meno prevale, ve li nutre, e fomenta. L' avidità e l' avarizia fa, che si desiderino tutt' i ladri estinti, e distrutti, non perchè il nostro istinto morale ci metta avanti, e ci rappresenti il delitto di furto cotanto enorme e grande, perchè anzi se consultar vogliamo il nostro cuore, esso ci rappresenta i ladri soventemente più degni di compassione, che di castigo; ma per un timore suggerito dall' interesse di non essere un dì noi pure pregiudicati nelle nostre sostanze. L' interesse è pur troppo il cardine maestro, su cui si aggirano le azioni degli uomini, e con le leggi di esso non meno reggesi il mondo morale, come scrisse un dotto e singolare mio amico in una elegante sua operetta; di quel che il mondo fisico con le leggi del moto (1).

Bastasse almeno questa idea del furto, che prevale nel volgo a render cospiranti i sentimenti degli uomini per ritrarli dal commetterlo; ma a nulla giova, luorchè a mantenere in pratica una pena ingiusta, e sproporzionata alla natura di questo delitto;

(1) *Il Chiarissimo Dottor Vincenzo Lavizzari, nella relazione de' primi felici progressi dell' innesto del vaiuolo nella Rezia di quà dall' Alpi stampata nel 1764 in Lugano in principio Opera è questa, che si è meritato un elogio singolare in un giornale Letterario di Francia.*

conciosiacosachè, l' uomo che si va abituando in un vizio, non comincia con un passo, ma a guisa d' un fanciullo lentamente barcollando su piedi, comincia a prevenire la sua fantasia di tutte quelle idee, che vaglione a distruggere quelle, che ne lo potessero rimovere. L' occasione, o una specie di necessità, sono i primi stimoli, i primi inciampi. Quel ritratto, che l' educazione gli presenta del vizio; più non ha tanta forza, onde nel godimento reale del dolce frutto di esso, o nella certa speranza di quello ne lo frastorni. L' uomo in somma quanto è facile a ricevere un' impressione, altrettanto è facile a surrogarvene un' altra affatto diversa, e opposta, tosto che nuovi, e diversi oggetti sensibili prevalgono su la comunione fisica del suo spirito.

Niuno si muove per un atto di volontà, e istituto di avversione affatto indipendente dalla forza, e influenza d un esterno oggetto, giacchè non havvi sensazione nello spirito senza un organo sensitivo, che ne riceva l' impressione al di fuori; nè io intendo. come le idee, che nelle fibre della sostanza midollare risiedono come in deposito, passino all' anima, se non spinte dalla forza dell' esterno oggetto, mediante un organo sensitivo. Ora se questo oggetto è un bene sensibile, e presente, prevale pur troppo facilmente sopra ogni altro in un animo disposto, e portato a' beni di tal natura, e ad esso inclinato più che la ragione, od anche un mal lontano ne lo ritragga. Un male adunque non solamente lontano, ma che il delinquente si lusinga, che non gli avverrà mai per le precauzioni, che prende, affinchè rimanga sempre occulto il suo delitto, qual impressione farà egli in un animo corrotto e guasto dalla fame di procacciar roba, e

allettato dall' oggetto presente, che è l'esca a cui aspira? Vogliamo noi credere, che il volgar pregiudizio di un obbrobrio, e odio eccessivo attaccato alla colpa, e persona del ladro, pregiudizio fondato sopra un' idea quanto arbitraria, altrettanto astratta, e rimota da ogni oggetto sensibile, basti, o abbia alcuna forza a por freno ad una passione per sè furiosa, e irritata dalla presenza sensibile del suo oggetto? Diciam piuttosto, e direm più vero, che questo volgar pregiudizio, oltre il nessun giovamento, che reca al pubblico in ordine ad impedir il corso ai furti, fa gran torto alla ragione, mettendo il furto al paragone di altri delitti di gran lunga più enormi, e detestabili, e alla umanità più contrarj, e odiosi.

§. XVII.

Della pena dell' omicidio confrontata con quella del furto.

L' omicidio fu sempre riguardato da tutte le nazioni per uno de' più crudeli misfatti, contro di cui gridano le leggi naturali, Divine, e civili. In questo delitto si enorme, che più d' ogni altro l' umanità abborrisce, e detesta, la pena di morte sorge dai primi e più puri fonti della legge naturale riportata nella Divina legge scritta: *quicumque effuderit humanum sanguinem fundetur sanguis illius* (1). Che nella legge medesima di grazia, benchè tutta spirante carità, e mansuetudine, è confermata con sensi niente meno forti, *omnes qui acceperint*

(1) *Cap. 9 vers. 6*

gladium gladio peribunt (2). Egli è perciò, che il primo omicida avanti non che ogni legge civile, ma prima ancora della medesima Divina scritta, riconobbe conseguenza infallibile del suo commesso omicidio, la morte, che altri darebbe a lui stesso. *Omnis igitur qui invenit me, occidet me* (3). *Omnis igitur*, disse Caino, il che spiega maravigliosamente, ch'ei riguardò tal sua persuasione, qual conseguenza necessaria, e quasi congiunta di sua natura col premesso antecedente del suo omicidio. Che se Caino non fu ucciso perciò, fu perchè entrò come di mezzo Iddio medesimo, come dice la Scrittura (4), e impruntò un segno miracoloso su la fronte di quel primo omicida per sottrarlo dalla morte. *Posuit Deus in Cain signum ut non interficeret eum, omnis qui invenisset eum*. Adduce Grozio una ragione vera, per cui Iddio volle esente Caino dalla pena di morte, ma v'inserisce una falsa supposizione, quasi che lecito sia ad ogni uomo privato l'uccidere un omicida, come può vedersi dal suo testo, che qui soggiungo. Dice adunque così (5). *At Deus primis illis temporibus aut ob hominum raritatem, aut quia paucis adhuc grassantibus vitiis minus opus erat exemplo, id, quod naturaliter licitum videbatur, edicto repressit*.

Io trovo inoltre, che nazioni le più incolte, e più selvaggie abborriscono l'omicidio senz'altra scorta di lume, che quella della ragion naturale, sebbene inviluppata, e mente dirozzata da alcuna disciplina, e nozione di buona religione e polizia. Riesce pertanto più strano il vedere nelle leggi bar-

(2) *Matth. cap.* 26. *vers.* 52.
(3) *Genes. ibidem. vers.* 15.
(4) *Ibidem*.
(5) *De jure belli et pacis lib.* 1. *cap. II. §. V. cui adde Heinec. ibidem in ejus praelect.*

bariche de' settentrionali popoli, che invasero l'Italia, con quale indifferenza l'omicidio venga considerato fino a renderlo un semplice delitto da scontarsi con una leggiera pena pecuniaria, come abbiamo qui avanti veduto. Attribuisco io ciò alla crudele necessità, in cui furono di dovere spargere a torrenti il sangue umano, allorchè dovettero colle armi guadagnarsi il paese da abitare, a cui agognavano, e colle medesime mantenervisi, e contro gli antichi abitatori e padroni di esso, e contro quegli altri, che di soppiantarli tentavano; coo che assuefacevansi a rimirare con minor sensibilità il sangue umano, ed avere la vita dell' uomo in troppo minore pregio di quel che la natura stessa ne detta. Poichè comunque i lumi, ch'essa ci ha inserita, mai non possano affatto estinguersi, avviene non pertanto assai sovente, che dalla forza dell' abito, e della consuetudine, sormontati rimangano, e oppressi. Durano intanto fra noi ancora le barbare impressioni, e le feroci idee de' settentrionali nostri padri, secondo le quali è stata finora regolata e dettata la giurisprudenza criminale. Childeberto fra i principi barbarici fu il primo che presso i suoi Franchi tolse la legge, che permetteva il venire a composizione, e arbitramento pel delitto di omicidio, e impose assolutamente all'omicida la pena capitale, ma questo saggio provvedimento non durò guari, poichè anche dopo i tempi di Childeberto durano le memorie degli omicidj composti con somme di denaro. Carlo Magno, e Lodovico pio richiamarono in uso la legge di Childeberto, inculcando il precetto divino, *quicumque effuderit humanum sanguinem, fundetur sanguis illius*. Ma anche il capitolare di questi principi, a questo riguardo, non ebbe miglior effetto della legge di Childeberto, poichè anche dopo Carlo Magno e Lodo-

viro, pagando il beregildo, che era una certa precisa somma dalle leggi antiche prescritta, un omicida si sottraeva dalla pena.

La pena del taglione da' più antichi legislatori del mondo, e dalle tre più illustri nazioni, che vantar possano i fasti dell' antichità, istituita e adottata, siccome la veggiamo dalle divine tavole di Mosè passare a quelle di Solone, e da queste riportata nelle dodici de' Romani, ragguagliando alla colpa un' identica pena, sembra appoggiata più d' ogn'altra a' dettami dell' equità naturale.

. . . . nec enim lex justior ulla
Quam necis artifices arte perire sua.

Cantò già Ovidio. Essa conserva in somma quella intrinseca analogia della pena col delitto, che la ragion naturale prescrive, quindi secondo le voci della natura non può espiarsi l' omicidio, che col sangue dell' omicida, e colla sua morte. ***Non accipietis***, inculca perciò l' autore della natura il legislatore Iddio, ***pretium ab eo qui reus est sanguinis, statim et ipse morietur*** (6). Altri tre Cesari, Valentiniano, Teodosio, ed Arcadio, stabilirono in una loro legge (7), che ***homicida, quod fecit, semper expectet***; che se questa pena del taglione non durò in uso molto tempo presso i Romani, ciò fu perchè non sempre nelle diverse circostanze de' casi, e in varj delitti osservare si poteva quell' equilibrio preciso, ch' essa richiedeva nel senso suo materiale e letterale fra il delitto, e la pena, come riflettevа appresso Gellio (8) il filosofo Favorino; ma siccome

(6) *Numer cap* 35.
(7) *L.* 3. *Cod. de episc. audien.*
(8) *Noct attic lib.* 20 *cap* 1.

lo spirito della pena del taglione, più che il senso suo letterale e materiale, debb' essere stato in vista a que' sapientissimi legislatori, che la istituirono, così questo deve, e dovrebbe mai sempre osservarsi nella criminale giurisprudenza. Questo spirito consiste nell' analogia, e nella geometrica proporziona, e non già nella perfetta, e aritmetica egnaglianza; nel qual senso solo di fatto è approvato il taglione da Aristotele, e comunemente intendesi, e spiegasi da' dottori ebrei, come ci fa fede il Bodino (9). Il diritto pretorio, che surrogarono i Romani alla legge del taglione, è quello che in sè contiene lo spirito dello stesso taglione, giacchè tutto tende a conservare l' equità naturale, e secondo questa esso tutto dirigesi, certo essendo, che *legem bonam a mala nulla alia nisi naturali norma dividere possimus* (10).

Quanto pertanto ripugna allo spirito della pena del taglione radicato nei principj medesimi della legge naturale, che l' omicida scontar possa il suo reato con pene pecuniarie, e di quà della morte naturale, altrettanto ripugna al medesimo spirito per la stessa ragiona, che il furto puniscasi colla pena di morte, e con pene dovute all' omicidio, ed agli altri più enormi delitti, con questa differenza di più, che quì si tratta di eccesso, cha è sempre iniquo, là di temperamento, che è sempre tollerabile.

Chi vorrà di fatti far un sì gran torto alla umanità col paragonare l' omicidio al furto? Non sarebbe egli un paragonare con ciò la vita dell' uomo con la roba, e con beni caduchi? Uno toglie

(9) *De republ. cap. ult. lib. VI. pag. 768.*
(10) *Cicer. de legibus lib. 1.*

la vita, e l'altro la roba; se eguale dovesse essere la pena, eguale anche sarebbe il delitto, poichè una stessa conseguenza dedotta, non può che supporre un antecedente di egual forza, e quindi necessariamente sarebbe eguale il valore della vita a quello della roba; ma ognuno che abbia sensi di uomo, conviene dell' infinita disparità. A che può però questo consenso comune per riconoscerne la disparità, se in pratica nella pena intieramente l'una all'altra si eguaglia? *Oh lex Portia, legesque Semproniae!* esclamerò anch' io con Cicerone (11), surrogando invece a queste leggi più a proposito, oh diritto di natura! *Huccine tandem omnia reciderunt?* Ognuno conviene, che l'omicidio è un delitto più atroce, che merita assai maggior pena, ma intanto qual maggior pena imponesi all' omicida, se egualmente debbe morire il reo di furto?

La pena di morte può ben essere diversa nel modo ad essa accidentale. Ma l'intrinseca di lei essenza, secondo cui è sempre l'istessa, è poi quella, che rendela più d'ogni altra pena terribile. Ciò che ben può apparire dal sottoporsi, che fa l'uomo per evitare la morte a que' medesimi tormenti di ferro e di fuoco, che rendon più tragica la morte di un reo. Par quanto adunque l'ingegnosa crudeltà abbia apprese dalla scuola della tirannia varie maniere di tormentare, dassi all' uomo la maggior pena, che dar se gli possa, con dargli in qualunque più mite maniera la morte. Or chi dirà, che meriti un semplice furto il massimo di tutti gli escogitabili supplicj? Qual proporzione serberassi tra la pena della violazione di un diritto immediato della natura, qual è l'omicidio, e il furto, che ad un solo

(11) *Cicer. act. 7. in verrem.*

emano diritto della società immediatamente si oppone, se giungono amendue a quel termine estremo, a cui possono giungere le pene umane? Chi non dovrà raccapricciar d'orrore nel vedere un infelice, che la miseria, e la disperazione ha sedotto a togliere qualche cosa altrui colle mani innocenti e monde per altro del sangue del suo prossimo, andar del pari con lento passo alla morte, e di compagnia con un infame, ed inumano sicario, che ancora porta le mani fumanti, e tinte del sangue....

§. XVIII.

Della restituzione della roba rubata.

Un ladro, che non aveva ancora consumato, e distratto a suo prò il tristo frutto delle sue vigilie, e delle sue sollecitudini nel rubare di nascosto, avendo dovuto rivelare il ripostiglio, ove aveva deposto quanto aveva rubato, onde i danneggiati furono risarciti, qual pena si crederebbe, che perciò avesse subito? Quella pena, che ba per oggetto il il risarcimento de' danneggiati, non vi si doveva interessare, perchè colla restituzione rimaneva già essa scontata. Quell' altra, che riguardava il delitto commesso, e che ha per oggetto, e l' emendazione del reo, e il pubblico esempio? L'emendazione del reo, e il pubblico esempio richiedevano forse, che l'infelice tratto fosse all' ultimo supplicio della morte, e che vittima cader dovesse sotto la spada del carnefice? L' oggetto di emendarlo nò certamente, che un assurdo sarebbe troppo ridicolo il mandare a morte uno per emendarlo, *absurdum est*, dice il Pufendorfio (1), *emendationis causa aliquem in*

(1) *De jur. nat. et gent. lib. VIII. cap. 11. §. X.*

eum conjicere statum, ubi emendationis nullum specimen exhibere possit. Il pubblico esempio ancora non poteva richiedere una pena sì atroce; poichè anzi che di giustizia, sarebbe un pubblico esempio di crudeltà, e di barbarie.

Il pubblico esempio ha per fine principale l'insinuare nel cuore degli uomini un salutare orrore verso il delitto, che si punisce; ma questo orrore nelle menti umane si dee insinuare, ed istillare, con maggiore, o minor forza d'impressione a misura, che nelle menti volgari ne sia più seducente la pittura, non meno che l'idea del delitto a motivo del vantaggio da quello al reo derivato. Ora qual seducente idea poteva aver nel cuor degli spettatori un delitto, di cui il reo non ha mai potuto godere alcun frutto? Il pubblico esempio in questo caso avrebbe dovuto esigere una leggerissima pena, altrimenti passerebbe l'esecuzione della pena nel concetto dello spettatore, più che per una legittima giustizia, per un effetto della forza, e della prepotenza.

Conviene inoltre riflettere, che colla restituzione della roba rubata, come ancora colla remissione data dal danneggiato al ladro, rispetto all'obbligo della restituzione, e al suo privato interesse, si ha la remissione della parte lesa, e con essa tolto il principale, e potissimo oggetto delle leggi nel punire i delitti, che riguardano ingiurie, e danni recati ai privati, *placata offensi parte omne principis officium quiescat* (2), e generalmente come riflette Plutarco, e noi l'abbiamo notato altrove, le pene, ed i supplizj imposti ai delitti non solo sono ripari a' futuri delitti, ma ancora consolazio-

(2) *Leg. fin. cod. ad Turpil*

ne degli offesi, e lesi. Ora se questa remissione della parte lesa nel delitto d'omicidio, in cui non è quasi mai gratuita, spontanea, e sincera, e spesso con mezzi illeciti, e violenti di protezioni autorevoli, e di blandizie minaccìose estorta, opera nondimeno, ed ha tanta forza, che spesso per essa l'omicida si esime non solo dalla pena ordinaria di morte da lui meritata, non per l'offesa sola recata alla parte, ma per la natura stessa del delitto commesso, ma anche da ogni altra straordinaria afflittiva del corpo, in modo che con orrore vedesi soddisfare con una somma anche leggiera di danaro all'omicidio commesso, e con essa ricomprasi quella vita, che in virtù delle leggi naturali, divine, ed umane aveva l'omicida irreparabilmente perduta; perchè a maggiore e più forte ragione non dovrà operare ciò nel furto la remissione della parte, o la ragionevole, dirò così, acquiescenza di essa, supposta la restituzione ricevuta per sottrarre almeno dall'ordinaria pena il reo?

Nell'omicidio il debito dell'omicida è pubblico, perchè interessa la pubblica sicurezza, e tranquillità; nel furto il delitto primario è privato, e civile. Il ladro direttamente e per sè è debitore della roba, e solo indirettamente, e per accessione, della pena. Conciosiachè il diritto primo è della parte danneggiata, e questo è meramente civile e privato. Da questo poi nasce il diritto della società di punire il ladro in virtù dell'impegno sociale di garantire ad ogni privato il proprio. Quindi presso i Romani non era di fatto che civile l'azione del furto, onde disse Cicerone (3): *Civibus cum sunt ereptae pecuniae, civili actione, et privato jure repetun-*

(3) *Divinat. in Verrem cap 5.*

tur, e se qualche volta era anche criminale, ciò non avveniva, che per l'istanza persecutiva della parte, a cui vantaggio applicavansi le pene, che al ladro erano dalle leggi imposte (5).

Nell'omicidio la remissione della parte ammessa in disgravio del reo, non è appoggiata, che ad un antico barbarico istituto lasciatoci da alcuni popoli selvaggi, che signoreggiarono fatalmente l'Italia, senza che nella ragione naturale abbia bastante fondamento. Nel furto la remissione della parte appoggiasi alla ragione naturale, e alla giustizia medesima, dappoichè l'interesse della parte danneggiata, è quello singolarmente, e direi quasi il solo, che faccia il carattere criminoso del furto. Nè perchè nel sistema criminale il solo fisco agisca, non meno che nei delitti pubblici, nei delitti privati, e segnatamente nel furto alla consecuzione, ed esecuzione della pena, perciò lascia per avviso de' migliori dottori di essere il furto un delitto privato, poichè per natura sua non può essere, che tale, non risguardando direttamente, che l'interesse privato de' cittadini.

A dispetto di tutto ciò l'infelice, cui invano studiai di salvare la vita, come ho detto da principio di questa mia operecciuola, alla quale anche ha dato occasione, e impulso, fu condannato a subire la pena di morte naturale per una legge municipale, della quale non è più a parlare in un secolo cotanto letterato, e filosofico, in mezzo a tanti lumi, che hanno dissipata la folte tenebre degli scorsi secoli, in una età, che vantasi cotanto pensatrice, in tempi ne' quali l'Europa gode d'illumina-

(5) *Voet comment. ad pandect. tit. de privatis delictis n. 2*

ti governi; e per sentenza d'uomini in parte almeno capacissimi per altro di ragione, e di penetrante e fino intendimento dotati, i quali ha sempre prodotto il paese, in cui io doveti parlare nella causa accennata. Ma tant' è. Troppo è radicato in molti animi quel principio degli Ebrei: *nos legem habemus, et secundum legem debet mori*, nè vuol sentire ragioni in opposto.

§. XIX.

Delle Leggi Criminali.

Le leggi dettate dalla barbarie, sostenute dal fanatismo, e favoreggiate dalla tirannia, sono in fatti il massimo argomento presso molti per osservare come legittima la pena di morte imposta al furto semplice. Usann eglino le parole da Ulpiano dette a miglior proposito (1): *Totum id quidem durum est, sed tamen lex ita scripta est.* Questo è appunto il caso, in cui, per conservare con crudele scrupolosità le parole della legge farisaicamente intese, si distragge, e si calpesta l'equità e la giustizia dedotta dai più puri, e più schietti fonti del diritto di natura, *legum verba servari*, per usare le parole di Cicerone (2), *æquitatem amitti*, contro il saggio avviso del medesimo Cicerone (3), il qual vorrebbe, che i consultori della legge, *non magis jurisconsulti, quam justitiæ sint, et quæ proficiscuntur a legibus, et jure civili, semper ad facilitatem æquitatemque referant*, onde con ragione lodasi da esso nella sua orazione *pro Cæcinna*,

(1) *L.* 12 *p.* 1. *d. qui et a quibus manum*
(2) *In oratione pro Murena.*
(3) *In Philip. IX.*

il giureconsulto Cajo Aquilio per non aver queste mai separata la ragione del diritto civile dall' equità.

Tutte le altre leggi hanno potuto di quando in quando essere riformate, e le criminali nostre solamente saranno fondate sopra principj così inalterabili, onde non sieno suscettibili di riforma alcuna? Questo è un paralogismo, che la prevenzione autorizza in pratica, se non in teoria, e che ci rinnuova la memoria di quella debole scusa, per non dir altro, addotta da Liutprando Re de' Logobardi, allorchè in una sua legge per non abolire quella, ch' egli stesso chiama, e conosce empia legge del duello, che a quel tempo si usava per le purgazioni, addusse per ragione l' essere tal legge passata in consuetudine, *sed propter consuetudinem gentis nostræ Longobardorum legem impiam vetare non possumus* (4).

Ma qual difficoltà potrebbe mai incontrarsi a mitigare il vigor soverchio di coteste leggi? Ora, che la Dio mercè veggiamo su i troni dell' Europa sedere monarchi così sensibili alle voci dell' umanità, padri affettuosi de' loro popoli, che colla corona in testa, e scettro in mano non si dimenticano di essere cittadini: somiglianti a Trajano, di cui diceva Plinio, che *unum ille se ex nobis, et hoc magis excellit, atque eminet, quod unum ex nobis putat, nec minus hominem se, quam hominibus præesse meminit* (5) massima piena della più esimia filosofia, carattere il più dolce, il più amabile, e il più degno dell' amore de' popoli. Ne abbiamo un compito modello singolarmente nell' augusto capo

(4) *Legis Longobard. lib. 1. leg. 23. tit 9. de Roman liber hom. etc*

(5) *In panegir. cap. II*

dell' Impero Romano, oggetto perciò dell' amore, e della ammirazione insieme di tutta l' Europa, e negli inclìti suoi fratelli, uno che fa la felicità più desiderabile de' popoli della Toscana, e l' altro, che giustamente è l' idolo, e la speranza certa dell' Austriaca Lombardia, frutti degni di quella grande eroina, e cui gli elogi maggiori saranno sempre inferiori ai meriti. Cuori sì ben fatti, e indoli sì magnanime non possono, ch' esser accessibili alle voci dell' umanità, che richiama contro leggi immansuete, le quali abbiano per qualunque lungo tratto di tempo regnato nel foro.

Leggi, che anzichè stabilite da un freddo esaminatore della natura umana, furono un prodotto delle passioni più sregolate, e tumultuose di alcuni popoli selvaggi, che secoli fa occuparono l' Italia, e lo stromento insieme, con cui la oppressero, e la tiranneggiarono, involte in seguito, e frammischiate con le opinioni, e interpretazioni di alcuni uomini poco sensibili ai rimproveri della umanità, non spogliati di que' principj di barbarie, che rimasero in Italia assai tempo per un infelice retaggio lasciatoci dai Goti, dai Vandali, Alani, e Longobardi, e d' uno stomaco crudo, e non assuefatto ad una sana e metodica digestione; leggi, che furono promosse dai potenti per avidità, e avarizia, onde servirono di fondamento, e sostegno al tirannico governo feudale de' tempi bassi, e dai deboli sofferte per insufficienza a resistere, e più per un certo istinto rimasto nella corrotta natura indipendente, ed isolata di odio, ed animosità verso gli altri suoi simili, che per una necessità della propria salvezza, queste leggi, dico, formano quel sistema di giurisprudenza, che fin ora ha prevalso. Queste sono le leggi, le quali benchè per consenso universale duro, ed acerbe,

pure si debbon osservare religiosamente, non per altra ragione, se non se perchè esistono scritte, e stabilite, quando al dire di Cicerone (6), *intelligi par est eos qui perniciosa, et injusta populis jussa descripserunt, quidvis potius tulisse, quam leges*.

§. XX.

Degli scrittori criminalisti.

La forense giurisprudenza criminale non è comunemente appresa dal fonte d' ogni genuino diritto, ma da un' innumerabile, e sterminato numero di volumi, simili, direi pur io, nel vano apparato, con cui ci si presentano, nel rumore, che menano, e nella moltitudine delle decisioni, opinioni, e sentenze contraddittorie troppo spesso fra sè, alla Cumea Sibilla, la quale secondo Virgilio (1).

Horrendas canit ambages, antroque remugit
Obscuris falsa involvens.

Dir potrei di buona parte de' nostri criminalisti ciò, che Terenzio già disse di alcuni leguleì de' suoi tempi: *quid cum illis agas, qui neque jus, neque bonum, neque æquum sciunt melius, pejus; prosit, obsit, nil vident, nisi quod lubet*, (2) e col Duareno, che di proposito esaminolli (3), *in istorum doctrina, Dii boni, quam confusanea, et* (*ut*

(6) *De legibus lib.* 2
(1) *Æneid. lib.* 6
(2) *Heauton act. IV. scen.* 1.
(3) *De ratione juris docendi ac discendi p.* 13.

vere dicam) monstruosa sunt omnia? miscentur, confunduntur quæ oportebat secerni, et quæ natura conjungi postulat, sejunguntur ac distrahuntur. Il volere colla sola scorta degli scrittori criminalisti pretendere di formare un sistema di giurisprudenza criminale, sarebbe un impresa niente dissimile da quella di certono, di cui si ricorda Luciano, il quale sedendo in sul lido del mare voleva pur giungere a numerare tutte le onde della marea, non ostante che un'onda incalzando l'altra, e questa quella nel confuso moto del flusso, e riflusso, non facesse, che confondersi, e imbarazzarsi: *non videtis*, proseguirò colle parole dell' elegante Duareno medesimo (4), *ut omnes in omnium interpretum, qui prope innumerabiles sunt commentariis, magis quam legibus interpretandis occupari? De re paucissima præter rem infinita tam scribunt, tam loquuntur, ut alienissimis locis inculcant quæcumque libet? Ut unius voculæ arrepta occasione evagantur a proposito, nihil pensi habente, quid quoque loco aut dicatur, aut scribatur*, onde possiamo dire veramente con Cicerone (5), che *veri juris germanæque justitiæ solidam, et expressam effigiem nullam tenemus, umbra et imaginibus utimur.*

In fatti non è egli vero, che tutto il maggior studio di molti de' più decantati per altro baccalari della scienza criminale, sembra consistere in nulla più, che in ritrovare, e citare in gran numero altri, che scrissero prima di essi per mallevadori delle loro spacciate dottrine, l' autorità de' quali anch essa tutta, e sola d' ordinario, appoggiandosi a quella di altri scrittori, che loro precedettero, in que' pochi si risolve alla fine, che furono di tali insegnamenti

(4) *Ibidem.*
(5) *De officiis lib. III.*

i primi autori, *versat nos et praecipitat traditus per manus error*, diceva Seneca (6). Ognuno di buon criterio dee guardarsi da un fascino simigliante.

Il progresso, e la decadenza della giurisprudenza è sempre stato in proporzione della fortuna, ed abbassamento degl'Imperj. La giurisprudenza de Romani nella florida loro potenza era nella sua maggior parte appoggiata alla più sana filosofia. Roma involta nelle rivoluzioni dell'Impero, alterò ancora la sua giurisprudenza, il che provenne dalla adulazione de' professori abusata per secondare la tirannia degli usurpatori; ma pure di quando in quando videsi rifiorire, cioè sotto i Titi, i Trajani, gli Antonini, ed altri principi savj, e filosofi.

Coll'invasione de'barbari, e decadimento dell'Impero Romano finì anche la giurisprudenza Romana di seppellirsi in una notte lunga, e tenebrosa per lasciare un libero campo allo spaccio de'principj della barbara legislazione, onde derivarono, come già abbiamo accennato, tanti pregiudizj singolarmente nella teoria, e pratica criminale. Col tempo cominciò a balenare qualche barlume, che alcuni pretesero sufficiente, onde restituire nell'antico splendore una facoltà sì utile, e necessaria. Ma quanti di essi sognarono per dir così tuttavia, e con mente non isviluppata abbastanza, e dirozzata prendendo il chiaroschuro, e alcuni leggeri crepuscoli per la verace luce, volendo insieme combinare le massime della barbara con quelle della legislazione Romana, non poche assurdità ci lasciarono scritte, e stampate! Queste ebbero quella sorte, che non hanno oggidì le più dimostrate e palpabili verità di passare di mano in mano appunto, come *traditus per manus*

(6) *De vita beata in princip*

error, quali sode, ed inconcusse dottrine fino all' illuminato meriggio de' nostri giorni. Faccia il cielo, che sempre più si diradino le tenebre, e prevalga negli scrittori, e nel foro il chiaro lume del buon discorso, dell' equità, e della giustizia.

§. XXI.

Dello studio sul diritto di natura.

Avvertì già Cicerone *jurisprudentiam non a praetoris edicto, neque e duodecim tabulis, sed penitus ex intima philosophia esse petendam* (1), e che coloro, i quali pretendono di attignerla da altra fonte, *non tam justitiae quam litigandi tradunt vias*. Quindi passando, dirò così, da filosofo, che stabilisce la sua dottrina, ad oratore, che ne persuade la pratica, *constituendi juris*, aggiunge, *ab illa summa lege capiamus exordium, quae saeculis omnibus ante nata est, quam scripta lex ulla, aut quam omnino civitas constituta etc.* Convennero in un tal sentimento i più savj, e dotti filosofi dell' antica età, e valga per tutti un S. Agostino, là dove parlando di quella legge incommutabile, che può, e deve ogni uomo apprendere per intimo magistero della natura, la riconosce, e dichiara qual prima, e sola origine, da cui tutti debbon movere, e derivarsi per esser retti, e legittimi i regolamenti dell' umana giurisprudenza. *In temporali lege*, così egli, *nihil est justum et legitimum, quod non ex illa incommutabili sibi homines derivaverint* (2). Dove dice espressamente, che il diritto naturale è

(1) *De legibus lib. 1. cap. 5, et lib. II cap. 2.*
(2) *Aug. l. 1. de lib. arbitr. cap. VI.*

il primo fonte, e la prima origine della giurisprudenza.

Di qui è, come eruditamente riflette un moderno esimio filosofo, e giurisperito (3), che gli antichi giureconsulti Romani per altro acutissimi, e prudentissimi assai più felicemente avrebbero il diritto civile Romano spiegato, ed illustrato, se meglio fossero stati istruiti nella notizia, e idea del diritto di natura; al che aggiungerei pur io, se buona parte ancora di essi guasta non fosse stata da' vani, e storti principj dello stoicismo. Fra gli avanzi certamente, che tuttor ci rimangono delle lor decisioni, come che tronchi, e mutilati dai compilatori dell ius Giustinianeo, noi possiamo raccoghere, che per lo più essi ebbero solo in vista certe massime, e regole più volgari, e queste anche alterate talora dagl' insegnamenti di Zenone, e delli stoici.

Li giureconsulti de' secoli posteriori, essendosi alla non curanza del diritto di natura aggiunta la rozzezza de' tempi, resero viepiù incolta, e oscura la giurisprudenza; quindi non è da recarsi a stupore, se qua' lumi chiarissimi, aurei specchi, lucerne lucidissime, fonti di leggi. Dei de' giureconsulti trombe del diritto, invittissimi monarchi dell'jus, e Cesari in amendue i diritti, quali vengono alcuni nelle opere loro intitolati, trascorsi sieno in madornali errori, chiaramente opposti a' principj della naturale filosofia, e ciò singolarmente ne' sistemi criminali da essi adottati (4). *Semina scientiæ*, ben disse Seneca, *dedit nobis natura* (5) · e questi sono

(3) *Joannes Barth in orat. de stud. jur. recte instituendo cui adde Nood ad digesta tit. I. lib. 1.*
(4) *Epist.* 120
(5) *De legibus lib. VIII cap. 5.*

appunto i dettami della natura stessa, che convien investigare, coltivare, e svolgere con attento filosofico studio, se frutti trar se ne vogliono copiosi e sani.

Lo studio delle altre scienze è utilissimo alla società umana, quando non si studj a divenir più misterioso, che dotto, e ad empire la fantasia d' un torbido misto d' incerte, e confuse notizie, che vadano a terminare in un miserabile scetticismo, ma non havvi alcuna scienza, la di cui ignoranza più disonori l' umanità, e più ci discosti dal conseguimento del vero nelle morali posizioni, e ricerche, di quella del diritto di natura. Di questa verità persuasa la dotta, e colta Germania ha la gloria di vantare sopra ogni altra nazione il maggior numero de' migliori, a de' più profondi scrittori sul codice dell' umanità. La Francia, e l' Inghilterra anch' esse vantar possono illustri, e dottissimi uomini, i quali hanno illustrato sempre più questo studio. Oh quanto è perciò desiderabile, che della necessità di esso si persuada finalmente ogni altra nazione, e che si disinganni chiunque per avventura l' ha stimato finora, o inutile, o anche dannoso. A me certamente è avvenuto di sentire qualche uomo per altro valente, e anche di leggere qualche scritto non ineradito, che sforzasi di condannarlo con tutti gli anatemi, come una corruttela, e come una novità perniciosa alla religione, non che al buon ordine politico. Così condannavasi un tempo da alcuni come eretica la opinione di chi asseriva l' esistenza degli antipodi, cioè da quelli, che non erano a portata di sciogliere con la ragione quelle misere difficoltà, che ai tal punto alla lor fantasia si affacciavano. Già molti valenti uomini hanno fatto toccar con mano la necessità, ed utilità di questo studio,

e li principj più illuminati, e più intenti a togliere i pregiudizj, ne sono sì fattamente persuasi, che hanno istituite cattedre a questo fine; ed essi precedono coll'esempio nell'applicarvisi seriamente. Quindi è ora mai inutile, che io mi stenda su questo argomento.

Non può negarsi, a dir vero, che insieme col gran bene nato dallo studio, di cui parliamo, non siasi qual loglio in un grano eletto, intruso, e frammischiato gran male, onde molti hanno avuto il motivo di allarmarsi. Ciò è avvenuto, dacchè alcuni filosofi, i quali si sono posti a scrivere di tal teoria, hanno formate delle ipotesi fondate più su la loro immaginazione, che rilevate dalla natura; ma qual'è quella scienza, che non abbia i suoi corruttori? Certuni vedendo, che l'introduzione dello scetticismo, avrebbe meglio potuto secondare qualche loro particolar disegno, e dare spaccio a qualche loro singolare opinione, si sono sforzati di alterare alcuni principj per adattarli ai fini loro propostosi. Questo ha prodotto alcuni sistemi di diritto naturale, che lungi d'essere d'accordo con quello del genere umano, e conforme al piano d'una potenza legislativa sovranamente buona, e saggia, sono disapprovati intieramente dalla ragione, e contrarj agl'interessi universali dell'umanità. La depravazione del cuore; l'ostinazione, e presunzione d'uno scrittore; il prurito di dire qualche cosa di nuovo; l'impegno di favoreggiare l'ambizione d'uno stato, o li vizj, e le intraprese men giuste di un qualche personaggio, cui vogliasi adulare, e finalmente l'impazienza segreta di scuotere il giogo importuno del dovere, forono tante cagioni, che hanno contribuito alla produzione di alcuni sistemi mostruosi in fatto di morale, e segnatamente in quella parte, che

riguarda il diritto naturale. Sarà adunque dovere di chi si accinge a questo studio il rilevare, e distinguere le giuste, e le vere ipotesi dalle false, e seduttrici, e i sani sistemi dai sognati, e fallaci, per quindi formarsi un complesso di adequate idee, colle quali proseguire una carriera giustissima per sè, e a comun vantaggio conducente, e fuggirne gl' inciampi.

§. XXII.

Dello spirito della legge.

L' autore del libro, *dei delitti, e delle pene*, ha per molto pericoloso il comune assioma, che bisogna consultare lo spirito della legge, e sembra di volerlo rigettato, come assolutamente perniciosso. Io convengo con lui, che il pretesto di consultare lo spirito della legge ha prodotto l' errante instabilità delle tante, e sì diverse interpretazioni, il tumultuoso affollamento delle quali urtantesi fra di loro, e battagliantesi, anzi che condurre alla verità, ne ingombra, e n' impedisce in gran maniera la strada. Ne abbiamo la prova nel diritto Romano confuso oramai, e fatto quasi contrario a sè medesimo pe' farraginosi volumi di tanti interpetri, glossatori, e commentatori, i quali quel male vi hanno introdotto, che ne viene a un povero infermo da una gran moltitudine di medici fra di loro discordanti. Augusto fu il primo, che aprì indistintamente l' adito a interpretare le leggi, che fu poi al buon Giustiniano di troppo pernicioso inciampo nella compilazione rozza, e indigesta delle sue Pandette, e del suo nuovo gius, divenuto indi anch' esso lo scopo di molti inutili spositori, e commentatori, che colla loro verbo-

sità, e puzzore di rancidume peripatetico l' hanno corrotto, e guasto. Non nego, che quindi non ne sieno derivate quelle tante, e si varie contradicenti sentenze ne' tribunali, onde per necessità, neppure ne vada scevro, come notò un Italiano scrittore, un tal venerando consesso d' uomini sempre rispettabilissimi, che può a ragionare chiamarsi l' Areopago d' Italia (1); così possiam dire oramai noi pure con Tacito, che se *ante hac flagitiis, nunc legibus laboramus.*

Convengo in secondo luogo, che non debb' essere lecito a ognuno il dipartirsi a suo piacimento dal senso ovvio della legge, lo stravolgerla a tutt' altra intelligenza, e in somma il far una nuova legge a suo modo, contro il qual abuso precisamente s' intese di declamare il Tiraquello con molti altri, che prima di lui scrissero ne' medesimi sensi, ed ebbe ogni ragione di dire, *quorsum attinebat leges scribi, si judicibus liceret discedere a scripto, et suo arbitrio æquitatem fingere* (2). ma che i giudici quasi altrettanti automi, non altronde trar debbano tutto il movimento alle loro decisioni, che dal fiutare, dirò così, la corteccia della legge, che sono le materiali parole, con cui è concepita, senza penetrarne il midollo, e l' anima, che è l' intenzione del legislatore; che debba la giustizia andare col capo aoneo, come figuravanla ne' loro geroglifici gli Egiziani; voglio dire, che sia amministrata da nomini, ai quali non sia lecito di meditare, e raziocinare su i dettami di essa venutici da altri uomini, per applicarli opportunamente a' casi particolari, che occorrono, sembrami ciò cosa troppo contraria a une

(1) *Muratori difetti della giurisprudenza capo V.*
(2) *De retractu lignag.* § 35. *gloss.* 1. *n.* 35

podestà, e amministrazione providamente consegnata a menti pensatrici, e ragionevoli. Altro è dunque l'abuso di una intemperante, e arbitraria interpretazione, altro una prudente disamina su lo spirito della legge. Avviene quello, o per difetto, o per eccesso di mente, ora nulla sollecita d'indagare, o appontare il vero senso, e la volontà del legislatore, ora troppo riscaldata nell'impegno di torcere a suo modo le parole, e il senso della legge. Consiste la seconda, cioè la disamina, ch'in diceva, in una posata fredda, e imparziale riflessione su i principj intrinseci della legge medesima, posti su le bilancie della ragion naturale, su la sua analogia, su la sua forza, motivo, e ragione. Questo esame è assolutamente necessario in moltissime occasioni per non tradire la giustizia, e l'intenzione medesima del legislatore. Imperciocchè siccome la sfera di ogni umana mente legislatrice, è talmente circoscritta, che non può a tutt'i casi possibili ad avvenire stendere le sue viste, così non può stabilire leggi sì precise, e chiare nella lor lettera, che tutti gli abbracci, e a tutti dia provvedimento; *neque leges, neque senatus consulta ita scribi poterunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur, sed sufficit ea, quae plerumque accidunt, contineri* (3).

In fatti sono per lo più nate le leggi, o da un caso fortuito, e particolare, o da un singolar sisteme di cose, che in successo di tempo ha potuto cangiarsi, o dettate da una passeggera necessità, o stabilite in qualunque modo sopra un oggetto particolare: quindi *quam multa*, forza è dire con Seneca (4), *quam multa pietas, humanitas,*

(3) *L. 10. D. de legibus.*
(4) *De ira lib. 2. cap. 27*

liberalitas, justitia, fides exigunt, quæ omnia extra tabulas sunt. Come dunque adattare la lettera della legge alle tante esiganze, e avvenimenti, non mai almeno in particolare dal legislatore preveduti, che pure nella società amergono alla giornata?..... Qual sarà l' unico, e miglior interprete della legge non abbastanza spiegantesi, se i termini precisamente si attendano, nei quali essa ci si presenta? Non altro, che un saggio discernimento, e criterio fu lo spirito, che ha mosso, o dovuto movere il legislatore a stabilirla, attemperato a quelle idee generali del giusto, e dell' ingiusto, che la natura ci somministra, e alle circostanze del pubblico, e privato bene, alle quali doveva allora la mente del legislatore riferirsi.

Dissi pertanto in altra mia opericciuola (5), che la giustizia è un dettame delle leggi primarie della natura, e l' equità, sotto cui intendesi sempre quello, che si dice spirito della legge, sebbene abbia il suo fondamento nelle medesime leggi, è però una virtù prodotta, e combinata da certi principj pratici della prudenza civile, e della giustizia medesima accomodati alle circostanze de' fatti, e del tempo. „ Questa equità „ nella interpretazione delle leggi (proseguirò con le parole di Ugone Grozio (6).
» Quest' equità, dico dimostrasi necessaria, dacchè
» i vaghi, e lubrici ingegni degli uomini a quel
» fine, a cui la natura conduce, non si possono
» dall' una parte dirigere, se non se con certe re-
» gole dell' arte, che dai principj della stessa na-

(5) *Nel ragionamento pubblicato colle stampe di Gio. Maria Rizzardi in Brescia nel 1709., che ha per titolo:* del diritto di scacciare da un paese persone, e famiglie, che ivi sono ec

(6) *In tractatu de æquitate cap.* 1.

» tora si traggono. Dall' altra parte queste regole
» stesse destinate a contenere in dovere gli uomini,
» avendo il loro termine, e limite, e la materia
» pel contrario delle cose, e delle azioni, essendo
» infinita, e sanza limite, ne viene in conseguen-
» za, che troppo spesso occorrono molte vicende,
» alle quali queste regole, o non si adattano, o
» non bastano. Quindi bisogna seguire non la rego-
» la, ma la mente, e il proponimento di colui, che
» ha data la regola: il che è un regolare il tutto
» secondo i principj della natura, ai quali però con-
» viene ricorrere. »

Questo spirito di equità (prosegue il Grozio) nella intelligenza delle leggi umane, tanto è ragionevole, che abbia luogo, che anche riguardo alle leggi scritte, che abbiamo da Dio, sarà certamente un assurdo il supplire con le notizie impresse dalla natura; come per cagion d' esempio, allorchè al precetto di non uccidere aggiungiamo, quando però questo non sia a nostra necessaria difesa, o pena de' delitti commessi data al reo da una podestà competente. Ma che più tratteniermi su questo argomento? Non v' ha chi non sappia quanto spesso occorra nell' umano commercio, ne' contratti, ne' testamenti la necessità d' esplorare con sottile ricerca la mente de' contraenti, e dei testatori, e di regolare secondo una ragionevole presunzione di essa la decisione de' dubbj, che insorgono. Del che può vedersi quanto dottamente ha scritto il signor Professore de Felice nelle sue prolisse note al Burlamacchio (7). Queste pure sono leggi private, è vero, imposte da uomini particolari, o a sè stessi,

(7) *Principes du droit des gens cap. XI. part II § XIV remarque 98.*

o ad altri uomini, ma che abbisognano nella civile società, non meno che le leggi da una pubblica autorità emanate. Quel che adunque si ammette comunemente per riguardo ad essa, perchè praticar nol dobbiamo, ove le circostanze il richiedono nella intelligenza di una pubblica legge?

Tutto il pericolo di coteste interpretazioni, o consultazioni su lo spirito della legge può nascere da tre perniciose sorgenti; dall' imperizia de' giudici, o giureconsulti, dall' interesse, e dagli umani riguardi, che pur troppo hanno gran forza negli animi deboli. La vigilanza de' principi, e magistrati supremi nella scelta de' giudici minori, fa che d'ordinario non sia prudente il timore della insufficienza di questi a rettamente interpretarla, e giudicare. Che se può talvolta sbagliare nella sua scelta ogni mente più illuminata; il pericolo, che in questi casi non può temersi dalla facoltà, che abbia il giudice di prender regole non tanto dalle parole, quanto dallo spirito della legge, non è paragonabile col danno, che risulterebbe qualunque sia il giudice da uno stretto, a servil legamento della di lui podestà alle materiali parole della legge. A professori sì della scienza legale, è duopo, che non si ammettano sì facilmente tutti quelli che vi aspirano, e che una superficial tintura di qualche confusa nozione, e incerti principj non basti a fregiarli di una tal decorazione, la qual torni finalmente in disanore, e dispregio della facoltà, a professar la quale vengono inaugurati. Se gli introdotti in questo rispettabile ceto d' uomini legali saranno forniti di saggio discernimento, di soda letteratura, e amanti di crescere in essa con uno studio indefesso, potranno essi divenire un dì giudici retti, e saranno sempre a portata di suggerire a' giudici secondi le varie oc-

correnze, il giusto senso, e lo spirito genuino della legge. Ad evitare lo scoglio dell'interesse abbiamo le leggi, che vietano a' giudici l'accettazione de' doni, e sono stabilite le pene a' giudici prevaricatori, perchè vengano fatte religiosamente osservare, ed eseguire; e quanto a giureconsulti semplici consultori, sarebbe ottimo il partito di stabilir loro un congruo stipendio dal pubblico erario col quale riconosciuti bastantemente di lor fatiche nulla possano, nè pretendere, nè ricevere dalle parti, che vengono a subordinarsi al giudizio, siccome pure opportuno avviso sarebbe quello, che affin di ottenere, che con piena libertà, e senza umani riguardi produca il suo parere chi vien consultato, propor si debba sotto nomi finti il fatto su cui cade la controversia, celando così agli occhi del consultore, quasi con la cortina usata dall'Areopago le persone dalle quali si tratta. Senza che a me appartenga, nè di fare, nè di adottare progetti, dirò, che questi per altro opportuni ripari, ancor non basterebbero a guarentire dagli accennati pericoli, ove manchi onestà, e religione; e la sola onestà, e religione, senza gli anzidetti, o altri mezzi basterà sempre ad escludere, e l'accecamento dell'interesse, e la debolezza d'ogni umano timore, e rispetto. Questi caratteri adunque si cerchino, e si esigano in chi ha da giudicare, o consigliare secondo lo spirito delle legge, e la mente de' legislatori, e sarà provveduto anche così soltanto a tutti que' disordini, che possono temersi dell'adottare, e porre in uso l'assioma di consultare lo spirito della legge. Ma questo si potrà egli sperare così facilmente, dove l'elezione dei giudici, e consultori, o è fatta dal capriccio di un aura popolare troppo spesso ingiusta misuratrice del merito degli uomini,

Tradere turpi fasces populus
Gaudet, eosdem colit atque odit.

diceva il tragico Seneca (8), o promossa dai partiti, e dalle fazioni per sè certo non opportane al discernimento dell' abilità dei candidati, o sostenuta dall' impegno di qualche singolar protettore, che non sempre ha per oggetto il pubblico bene, e l' amministrazione retta della giustizia, o ancora messa all' incanto?

Se poi in alcuna parte della giurisprudenza, in quella singolarmente, che risguarda il diritto di punire i delitti, troppo necessario, e utile è l' assioma di consultare lo spirito della legge, vi sono leggi penali, che prese letteralmente farebbero commettere mille inumanità, e ingiustizie. Le varie circostanze, che possono aminuire l' atrocità del delitto, e la malizia del reo, non possono essere sempre talmente spiegate dalla legge, onde non vi sia luogo a esaminare lo spirito di essa, combinato con l' equità risultante dai princìpj del diritto naturale, e dalla presunzione della mente del legislatore. Il testo della legge si raggira su l' azione macchinale degli uomini, e lo spirito dalla legge passa anche a decidere dell' intenzione. A che prò lo studio sul diritto di natura ora mai divenuto l' oggetto più interessante della giurisprudenza moderna più sana, se non se per meglio rilevare non già la materiale apparenza della leggi, ma il loro genuino spirito? *Non enim ex verbis*, dicea Cicerone (9), *pendet Jus. Scire leges*, soggiunge Celso (10), *non est verba eorum*

(8) *In Hippolito.*
(9) *In orat. pro Caecin.*
(10) *L. 17. de legibus*

tenere, sed vim ac potestatem. La forza delle legge non consiste nelle parole, ma ne' principj, da' quali è tratta, e nel fine, che si è prefisso il legislatore. In ciò consiste l' intrinseca di lei sostanza, e quello, che noi chiamiamo spirito di essa animatore. La legge, sono le parole autorevoli di S. Girolamo (11) „ non dipende dalle parole delle scritture, » ma dal vero senso di quelle; non dalle superfi» cialità, ma dal midollo; non dalla apparenza ester» na, ma dalla radice della ragione, » Così dicea quel dotto scrittore ecclesiastico rapporto a varie leggi del santo vangelo, e così dico io, rapporto alle leggi politiche delle civili società. Se cotanti illustri uomini avessero studiato più su lo spirito delle leggi, che su le parole delle medesime, la biblioteca legale ridotta a un discreto compendio non sarebbe di tanto fastidio, di tanta fatica, e di tanta rabbia insieme a' professori, e agli studiosi oppressi dall' immensa mole de' volumi, atti più a confondere, che a rischiarire la mente.

Il ridurre le leggi umane a un certo determinato, e fisso codice, che non richiegga, che l' osservanza della lettera, è uno di que' progetti d' impossibile esecuzione, che ci partoriscono talora ingegni rispettabili, è vero, ma che per elevarsi sopra il volgo degli uomini vanno errando co' lor pensamenti fuori di questo nostro mondo nel vacuo infinito, che lo circonda per fabbricarne colla fervida loro fantasia de' nuovi; e simiglianti divengono a quei geometri, i quali per far uso del calcolo in alcune cose fisiche spogliano l' oggetto della maggior parte delle sue qualità, e ne formano un ente astratto, che punto non rassomiglia all' ente reale; e così dopo di aver calcolato a loro talento su i rapporti, e pro-

(11) *Super epist. ad Galatas.*

prietà dell' ente ideato, ne trasportano le conseguenze su l' oggetto reale con un infinità di assurdi. Platone nella imaginaria, e astrattissima sua repubblica, e Tomaso Moro nel troppo singolare, e impraticabile suo utopiese sistema, sono, siccome di sì fatti geometri, così di questi moderni troppo speculativi, e astratti filosofanti il vero ritratto.

§. XXIII.

Della procedura criminale in generale

Due sorte, o maniere di procedere criminalmente vi sono; accusatoria una denominasi, inquisitoria l' altra, la prima, che sembra la più mite, trae la sua origine dal gius romano; la seconda pretendesi derivata dal diritto Pontificio, e che Innocenzo terzo sia stato il primo, il quale sul fine del secolo XII., e sul principio del XIII. abbia con più sue decretali dato il corso, e valore al metodo d' inquirere i delitti *ex officio*, senza l' intervento di alcuno accusatore (1); metodo, che Boemero, ed altri asseriscono confermato poi dal concilio generale Lateranese celebrato l' anno MCCXVI. sotto il medesimo Pontefice, nonostanti le opposizioni fatte contro tale straordinaria forma di giudizio, e di processo criminale contraria ai principj, che avevano fino allora prevaluto. Pensano altri di derivare dalla giurisprudenza Romana l' uso del processo inquisitorio, e tali sono l' eruditissimo Antonio Mattei (2), il Balduino (3), Gerardo Feldtmano (4), e Andrea

(1) *Bohemer elem. jur crimin. sect. I. cap. V. §. 77 Tomas. disser. de orig part. 5.*
(2) *De crimine ad lib 48, tit 20 cap 1 n 1.*
(3) *In commen ad edic veter princ de Cris,*
(4) *In commen ad l. 18. de offic. praeud. verb.*

Fachineo (5); ma sembra a dir vero ben difficile l'addurne di ciò una valida prova, troppo essendo chiari i documenti, onde apparisce, che i Romani non condannavano alcuno, se non se premesso il processo accusatorio. Da Cicerone abbiamo, che *nocens, nisi accusatus fuerit, condemnari non potest* (6). Festo proconsule della Giudea, secondo che ci riferiscono gli atti degli Apostoli (7), rispondendo all' adunanza de' Giudei, disse chiaramente, *non esse Romanis consuetudinem damnare aliquem hominem priusquam is, qui accusatur, præsentes habeat accusatores, locumque defendendi accipiat ad abluenda crimina* Niente meno asserisce Tertulliano (8), e dalle parole non ambigue delle leggi Romane si deduce (9), *neminem sine accusatore damnandum*. Trajano rispondendo a Plinio secondo governatore della Bitinia, che consultollo sul metodo da tenersi nel castigare i Cristiani, chiuse risolutamente il suo rescritto con queste notabilissime parole, che noi possiamo leggere con il resto del rescritto nelle opere di Plinio, in Tertulliano, e nella storia ecclesiastica de' primitivi tempi del cristianesimo, *sine auctore* (cioè *accusatore*) *vero propositi libelli nulla crimina locum hebere debent. Nam et pessimi exempli nec nostri sæculi est*.

Passo senza commento queste sì memorabili parole, dalle quali altri prenderebbero motivo per avventura di menar rumore contro l'essersi fatto sì comune a' dì nostri, ciò, che sarebbe stato di pes-

(5) *Lib. controv. juris cap.* 34.
(6) *In orat. pro. sexto Rosc. Amer. cap.* 20.
(7) *Cap. XXV.* 16.
(8) *Ad Scapul. cap.* 4.
(9) *L.* 6. § 2. *d. de muner., et honor. l.* 83. *p.* 7. *D. ad leges*

simo esempio al tempo di Trajano. Io osservo invece un altro rescritto imperiale, ed è di Adriano a Minuzio Fondano proconsole in Asia. Eccolo quale ce lo han conservato il martire S. Giustino, ed Eusebio (10), *non videtur mihi hæc res, quin de ea disquiratur prætermittenda esse, ne homines terreantur, neve calumniatoribus materia froudolenter agendi præbeatur, quod si provinciales persecutiones adversus cristianos processu legittimo, ut et illi respondeant pro tribunali, obtinere possunt, hac una insistant via, et non petitionibus atque vaciferationibus solis. In primis enim convenit si quis accusare velit de eo te cognascere. itaque si quis eos detulerit, atque probaverit contra leges quidquam commississe, tu pro delicti qualitate ita sententiam adversus ea feres, ut mehercule qui calumniæ causa crimen cuiquam intendisse compertus fuerit, pro maleficii qualitate in eum modis omnibus animadvertendam cures*. È noto quanto fosse odiosa a' Romani la causa de' Cristiani nemici dichiarati de' loro Dei, e creduti in oltre perturbatori della tranquillità pubblica maliardi, e congiurati a rovinare l' Impero; eppure vuole Adriano in questo suo rescritto, che allora solamente proceda contro essi il proconsole, *si quis eos detulerit, et probaverit*, cioè, quando alcuno gli avesse accusati, e provato in seguito il delitto; avvagnachè *reos deferre*, egli è lo stesso, che accusare, come trarre possiamo dalla formola del libello accusatorio, riferita dal giureconsulto Paolo (11) e però promiscuamente dicevansi *accusatores et delatores* (12).

(10) *Justin martir in apolog. a. pag.* 99 *Euseb lib. IV. cap* 9.
(11) *L* 3 *in princip. de accus.*
(12) *L* 15 *princip* §. 1 *D de jure fisci.*

Due monumenti però dissimular non posso di aver ritrovato nella storia del diritto Romano di processo inquisitorio. Uno è la legge di Settimio Severo contro gli adulteratori; in cui vuole, che i magistrati *ex officio* inquirer debbano contro tali delitti; essendosi per altro Settimio reso con questo suo straordinario zelo contro gli adulteri tanto più ridicolo, quanto aveva nel suo palazzo medesimo la Imperatrice Giulia sua moglie, che ammorbava Roma tutta con le infami sue prostituzioni, che dal marito medesimo non erano ignorate. L'altro monumento di processo inquisitorio presso i Romani è la legge di Costantino contro coloro, che avessero pattuito, o transatto sopra delitti commessi. Questa legge, che è la prima nel codice Teodosiano, e la seconda nel codice Giustinianeo al titolo: *de abolitionibus*, così si spiega, *si post strepitum accusationis exortæ abolitio postuletur, causa novæ miserationis debet inquiri, ut si citra depactionem id fiat, postulata humanitas præbeatur, sin aliquid suspicionis extiterit, quod manifestis reus depactione celebrata legibus subtrahatur redemptæ miserationis, vox minime admittatur, sed adversus nocentem reum inquisitione facta pœna competens exeratur*.

La legge di Settimio cessò colla morte del suo autore; quella di Costantino fu conservata, e fatta osservare per lungo tempo, ma da essa una riflessione si può dedurre a nostro proposito, ed è questa, che avendo Costantino ritrovato necessario al pubblico bene, e alla tranquillità, e buon ordine della repubblica, di reprimere le collusioni, che qualche volta a danno della giustizia intervenivano tra il reo, e l'accusatore, ciò prova sempre più, che altro processo allora non si praticasse, che l'accu-

satorio, poichè altrimenti questa legge, sarebbe stata una sanzione inutile, e vana, potendo il magistrato, destinato a punire i delitti, per sè stesso inquirere, onde qualunque patto, e transazione seguita fosse tra il reo, e l'accusatore, nulla pregiudicar poteva all esercizio della giurisdizione punitiva de' delitti. Da questa legge si può di più chiaramente argomentare, che bastava in qualunque causa criminale la rimozione della parte accusatrice per sottrarre il reo alla pena, e per togliere di mezzo ogni processo criminale. Dunque fondamento di ogni criminale processo presso i Romani era l'accusa, senza cui la giurisdizione de' magistrati non poteva procedere. Egli è perciò, che venivano proposti premj a coloro, che certi delitti gravissimi transatti tra l'accusatore, e li reo avessero accusati, affinchè non rimanessero impuniti, come ricavar possiamo da un'altra costituzione di Costantino rispetto al delitto di ratto di una vergine transatto tra l'accusatore, ossia chi diritto aveva di accusara, ed il rattore, in cui vuole, che un servo, il quale si fosse poi fatto di questo stesso delitto accusatore, divenisse libero. *Si quis servus raptus (virginis) facinus dissimulatione præteritum aut pactione transmissum detulerit in publicum, libertate donetur* (13).

Cotesti accusatori prevaricatori non posso negare, che venissero perseguitati nel diritto Romano col processo inquisitorio, come rispetto ai delitti di giudizio pubblico ritrarre possiamo dal *senatusconsulto Turpiliano*, e rispetto a certi delitti privati lo abbiamo da un testo singolarmente di Ulpiano (14). Ma in questo caso troppo necessario era pel pub-

(13) *L. 3 cod. pro quibus causis servi pro premio libert. accept.*

(14) *L. 7 § 1. d. ad senatusconsultum Turpil.*

blico bene, e tranquillità, che più direttamente dovessa interessarvisi l' officio del magistrato per togliere, e punire corruttele, che direttamente ferivano la società, e distruggevano la pubblica disciplina della repubblica; oltra che altrimenti sarebbe stato un dar luogo a mille conclusioni, e collusioni, e distruggere ogni attività alla podestà coattiva de' magistrati. Quindi questo straordinario modo di procedere, era presso i Romani in questi soli casi singolari riservato; nè questo toglie, che l' ordinario processo criminale non fosse l' accusatorio.

Non veniva però alcuno costretto presso i Romani a far l' accusatore, *invitus agere vel accusare nemo cogatur* (15), secondo che c' insegna il testo, a cui alluse anche Quintiliano, dove disse: *cuncta, si videtur, jura percurrite, nusquam adeo pro nobis sollicita lex, ut quod præstat, extorqueat. Dedit cæco talionis actionem, non manus recusantis impellet, injuriarum, cædis agere permisit, sed non cogit invitos. Adeo pene levius est ultionem perire quam potestatem. Genus servitutis est coacta libertas, et eadem iniquitas, quidquid de invito facias* (16). Non era dalla prudenza civile Romana considerata equa, e giusta cosa l' obbligare alcuno ad accusare, o a far il delatore, non solo de' delitti privati, ma de' pubblici ancora. Cosa direbbero pertanto que' saggi politici di Roma antica, i quali con sì fatte leggi piene di mansuetudine, e di umanità, e con istituti dolci, e piacevoli seppero conservare ciò nonostante la disciplina, il buon ordine, e la tranquillità della repubblica, se veder dovessero in qualche provincia della nostra Italia introdotte, ed

(15) *L. unic. cod. ut invitus cogere vel accusare ec.*
(16) *Declam. 7.*

eseguite con severità leggi, colle quali sono puniti coloro, i quali non riferiscono al magistrato, non solo i pubblici, ma i menomi delitti privati ancora, pervenuti a loro notizia? Converrebbero, che con questo null altro si ottenga, fuorchè di mantenere una continua reciproca diffidenza fra' cittadini; che questo è un esporre l'innocenza, e l'onestà al pericolo di essere bersagliata dalle calunnie, e dalle imposture, siccome l'esperienza ha pur troppo dimostrato, e che questo fa vedere esservi maggior impegno di punire, che di prevenire i delitti. Che si obblighi anche sotto qualche pena severa, a svelare, e riferire disordini, che interessano direttamente la società, e la pubblica tranquillità, tosto che di essi si possa avere notizia, potrebbe essere ciò opportuno, e nel pubblico bene, che ne ridonderebbe, avrebbe tal providenza il suo fondamento di giustizia, e di sana politica, ma che sotto pena sia uno costretto a manifestare singolarmente un furto anche leggiero fattogli, egli è ciò, che non potrà mai giustificarsi con principj di ragione. Noi abbiamo osservato qui avanti, che nel delitto di furto il principal interesse è di quel privato, che ne soffre il danno, e che perciò il ladro direttamente, e per sè è debitore della roba, e solo indirettamente, e per accessione della pena. Dunque con qual diritto si può obbligare alcuno a manifestare un furto, che gli sia stato fatto, s'egli lo vuole dissimulare e tener celato? S'egli vuol piuttosto perdere la roba toltagli, che esporre il ladro alla pena, qual giustizia può costringerlo ad aver parte, anzi ad esser la principal cagione, che quegli venga punito, e singolarmente dove le pene dei ladri sono così inumanamente acerbe, dure, ed eccedenti la natura del delitto? Se uno mi fa un'ingiuria, chi mi può ob-

bligare a farne, o cercarne vendetta, e a perseguitare l' ingiuriatore? La legge, e la ragione, disse bene Quintiliano, *injuriarum et cædis agere permisit, sed non cogit invitos*. Tal era certo la pratica del foro Romano, dove, come ho notato poc'anzi, al cessare dall' istanza la parte danneggiata cessava tosto ogni azione di furto (17). In fatti per usare le parole del celebre Noodt: *quid interest reipublicæ furti, injuriarum, cædisve agi ex duobus tabulis, aut ex lege Aquilia, si quis nolit agere? Non enim quod factum est, vel sic infectum fieri potest. præterea qui furti, cædis, aut injuriarum agit, sibi non reipublicæ petit. Magis interest reipublicæ eum, cui competat ex delicto actio ab ea desistere, sive præcibus, sibi satisfieri patiatur, sive pretio, quia utroque pacto tantum a suo jure recedit* (18).

Fra le menzionate due maniere di procedere criminali, passa non leggiera disparità, che vuole diligentemente notarsi per non confondere l' una con l' altra. Ecco pertanto in che differenzialmente si dividono. Il processo accusatorio s' intraprende dal giudice colla precedenza dell' accusa per mezzo del libello accusatorio intentata, in cui deesi porre una succinta storia del fatto, il nome dell' accusatore, dell' accusato, del giudice, del delitto, della persona, contro di cui, e con cui, e il tempo in cui fu commesso il delitto, e niente più; poscia ricercasi in questo processo la sicurtà dell' accusatore; la risposta del reo, le pruove, e le ripruove, e la sen-

(17) *L. 54. §. ult. l. 56. §. 4. d. de furtis, et l. 7. §. 14. in fin. d. de pactis.*

(18) *Diocletianus, et Maximianus sive de transact., et pactione eum. lib. singul. Cap. IV. § 2*

tenza. Pel contrario nel processo inquisitorio, che il giudice intraprende *ex officio*, senza precedenza di formale accusa per una nuda, e semplice segreta notizia, o denunzia, o anche per la sola fama inquire egli, e intorno il delitto occulto, e le di lui circostanze, ed intorno l' autore. Va egli ammassando pruove di ogni genere, cita testimonj, gli esamina, e forma gli articoli inquisizionali, su' quali il reo dee rispondere, e in difetto di piena pruova contro il reo, che nega il delitto, procede con mezzi straordinarj per estorquere dalla bocca del medesimo quella parte di pruova, che a lui manca per condannarlo, e finalmente si procede alla sentenza.

Questo è quel processo diretto veramente di sua instituzione ad iscoprire la verità del fatto; ma che, o per malizia del giudice, o per ignoranza, o per sottil passione di giusta severità mascherata, o finalmente per debolezza ancora del reo, può non difficilmente degenerare in oppressione d' un innocente. Imperciocchè un giudice, che fa in esso più la parte di accusatore, che di freddo esaminatore, e indagatore della esistenza, e dell' autore del delitto, v' è pericolo, che più stodj di far risultare il reato, che d'indagate la pura, e pretta verità. L' impegno di sostenere l' incominciata procedura, e i concepiti pregiudizj, l' innato istinto di superbia, e di ambizione di non parere di aver errato, allorchè s' introdusse il processo, l' interesse ancora, e il dispiacere dall' interesse provegnente di gittare a vuoto le spese fatte, e gl' incomodi sofferti, son tutti lacci, e inciampi, fra i quali si trova un giudice, e con lui la retta, ed incorrotta giustizia nell' orditura di un processo inquisitorio. L' umanità, e la religione, che sono que' migliori avvocati, che perorar debbono a favore dei rei, non è maraviglia, che non

abbiano bene spesso tanta forza da farsi sentire, ove si forti sono gl incentivi, e lo strepito delle voci, dirò così, dell' amor proprio, o delle proprie passioni. Quindi ben può anche avvenire pur troppo, che un infelice incatenato dato in preda allo squallore, alla fame, oppresso dal male, che espérimenta di presente, nulla meno, che dall' immaginazione di quel che teme in avvenire nel figurarsi, che fa il giudice, quale più infenso, e fatal suo nemico impegnato a insistere per ogni modo nell' intentata criminal procedura, e congiurato alla sua rovina, tradisca finalmente la sua causa, e sè stesso confessando qual reo, per non vivere più oltre peggio, che condannato.

Presso i Romani secondo la sana, e metodica loro pratica giurisprudenza l' innocente criminalmente convenuto, accusato, e inquisito, poichè l' innocenza sua aveva provata, diritto aveva conseguentemente di riconvenire l' accusatore per risarcimento di tutt' i suoi danni. Era in somma una specie di contratto, che faceva l' accusatore, con cui obbligavasi a sostenere la sua accusa, e a subire la detta pena, ove quella apparisse, o insussistente, o calunniosa, nel qual ultimo caso però era egli di più condannato a subire la medesima pena, che subita avrebbe l' accusato, se legittima fosse stata l' accusa in virtù della legge del taglione; *in judicio quasi contrahimus* (19). Sia adunque, che un privato intentata avesse l' accusa, sia che coloro avanzata l' avessero, i quali carattere pubblico avevano di accusatori come erano i *nunziarj*, i *curiosi*, gli *stazionarj*, e gli *irenarchi* suscettibili tutti erano di riconvenzione, quando di calunnia fosse stata convinta la

(19) *L.* 3 §. 11. *D. de peculio.*

loro accusa, e non l' avessero con legittime prove sostenuta (20). Ma nell' adottato processo inquisitorio, qualora il giudice nonostante tutto il suo studio, e ogni possibile diligenza non possa convincere il reo, e condannarlo per autore dell'appostogli delitto, l' infelice, che ha dovuto subire durante il lungo processo una stentatissima, e penosissima prigionia, e forse anco altri tormenti, d'onde dovrà ripetere i suoi danni, e pregiudizj troppo notabili, che ha dovuto patire così nella persona medesima, come nelle proprie sostanze, e nella di lui famiglia? Parrebbe, che il fisco obbligato dovesse essere a questo risarcimento, poiché sembra giusto, che se sostiene la persona, soggiaccia ancora al peso dell'accusatore. Ma questo immaginario fantasma, che finchè dura la speranza di far comparire l' inquisito per reo, ha ogni maggiore attività personale per perseguitarlo, per mettersi al possesso de' suoi beni, e per procurarsi colla decisione della causa la proprietà di tutti, o di parte de' medesimi; poichè il reo vien assoluto come innocente sparisce come un' ombra, o uno spettro, nè più esiste per non dover essere riconosciuto dall' inquisito pei suoi danni.

Un altra sorte di accusatore crederono alcuni criminalisti di aver ritrovato negli indizj stessi, e nella fama. Con questo bel ritrovato si fa forte il Carpzovio, ed Egidio Bossio con la corrente di più altri baccalari della criminale giurisprudenza per giustificare il processo inquisitorio. Ma Dio buono! Gl' indizj, e la fama, che non dovrebbero essere, che

(20) *L 9 § 3 D ad sen con. Turpil l. 1 cod. de curions l 1 § 12 D de offic præfect urb l 31 cod Theod de episcop. et eccles et l. 6 D. de custod reorum et de offic. et potest magister, Rom pag* 388.

le prove, colle quali l'accusatore sostener deve l'azione sua, saranno egli stessi l'accusatore? Gl' indizj, che arrivati a un certo punto di morale certezza sono i fondamenti, su i quali il giudice proceder deve alla sentenza, a al suo giudizio saranno l'accusatore? La fama, e gl' indizj soventemente cose fallacissime, incerte, e dubbie, saranno il legittimo accusatore in un tribunale, per procedere contro l'onore, la vita, e la roba de' cittadini? Ciò che è il mezzo, dovrà essere il principio di una causa criminale? Che il fisco, come più chiaramente in appresso mi spiegherò, possa vestirsi di una qualità morale di persona, la intendo; ma che certi enti astratti, incapaci per sè stessi di alcuna modalità di persona morale, possano farsi giocare sotto la figura ideale di agente, egli è ciò, che capir non posso, e che in ragione di giusto discorso non può essere concepibile.

Un sì fatto sistema di procedere criminalmente certo che sembra appunto una guerra dal giudice mossa contro l'inquisito cittadino, anzi che l'esercizio del diritto di punire i delinquenti, avvegnachè nella guerra non si perseguita il nemico con formalità di accuse, e di processi ne' quali fra l'accusatore, e l'accusato vi sia il giudice di mezzo, che decida, e però l'autore del trattato *dei delitti*, *e delle pene*, dirà benissimo, che il punire sia una guerra, che la società muove al reo cittadino, finchè ciò facciasi per mezzo, a giusta il sistema del processo inquisitorio; ma questa definizione sembrerà più capricciosa, che vera, se assolutamente prescindendo dal detto sistema parlasi del punire i delitti; e quindi ella è fondata piuttosto sul fatto del pratico abuso della procedura criminale, che su la ragione intrinseca del teorico genuino sistema del diritto di punire.

§. XXIV.

Della cattura.

L'arbitrio del magistrato esecutore delle leggi rispetto agl' indizj bastevoli a catturare un cittadino non è mai stato, nè puo essere contrario al fine sociale fondato su la cura, che vuole avarsi della propria sicurezza, come pretende l' autore del libro dei *delitti, e delle pene*. Vorrebbe egli, che le leggi sole per sè stesse stabilissero la misura, e il peso di questi indizj. Questo è somigliante a quell' altro suo progetto, se non è parte del medesimo, per cui vorrebbe un certo fisso codice di leggi, le quali osservar si dovessero esattamente alla lettera. Ma come si potrà con le leggi sole stabilire, e fissare la misura degl' indizj valevoli a catturare un indiziato di qualche delitto? Come colla lettera sola delle leggi determinare la forza degl' indizj, che dipende da un numero infinito di circostanze, che incrociano in tante, e sì diverse maniere i fatti, dai quali dedur si vogliono gl' indizj? La materia delle azioni, e cose umane è d' un estensione presso che infinita; come potrà essere suscettibile d' una regola certa, determinata, e fissa? *non possunt*, insegna Ulpiano (1), *omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatus consultis comprehendi*. La pubblica fama, la fuga, la estragiudizial confessione, quella d' un compagno del delitto, le minaccie, la costante inimicizia con l' offeso, e il corpo del delitto, oltre che per servire di indizj bastevoli alla cattura hanno bisogno, che sieno provati i fatti, onde risultano,

(1) *L. d. de legibus*

nella qual cosa l' arbitrio del saggio, e prudente magistrato vi è troppo necessario, non sono la menoma parte neppure di quell' altro immenso novero di casi, dai quali dedurre si possono cotali indizj. Se il magistrato non dovesse avere l' arbitrio di ponderarne la forza, e calcolare i gradi di probabilità rispetto al fatto, che indicano, quando è mai che la legge per sè stessa possa determinarla? Tutto ciò fu ben compreso dal medesimo Ulpiano, là dove scrive (2), che *de custodia reorum proconsul æstimare solet utrum in carcerem recipienda sit persona, an militi tradenda, vel fidei jussoribus committenda, vel etiam sibi. Hoc autem vel pro criminis, quod obiicitur qualitate, vel propter honorem, aut propter amplissimas facultates, vel pro innocentia personæ, vel pro dignitate ejus, qui accusatur, facere solet*, a io punto non dubito, che uomini versati nella teoria, e pratica criminale, non sieno per entrare nel mio pensiero, e conoscere l' impossibilità di mettere in pratica certi troppo metafisici, e astratti progetti.

Il fine sociale non è la sola opinione della propria sicurezza, ma la sicurezza medesima appoggiata all' osservanza esatta del sociale contratto, al quale chiunque contravvenga perde di essa il diritto; ingiusta essendo la pretensione di viver libero a suo talento, e sicuro in una società in chi la società stessa ha lesa, e offesa contravvenendo a' patti sociali, a' quali, come a condizione, il mantenimento era attaccato di sua libertà, e sicurezza. Quindi, che il magistrato sia arbitro nel ponderare la forza degl' indizj bastevoli a imprigionare un cittadino, niente deroga al fine sociale, poichè non ha veruno a temere della

(2) *L. 1. d. de custodia et exhib. reor.*

propria libertà, e sicurezza, finchè è consapevole di sua innocenza, e di non dar ombra colle sue azioni alla vigilanza, alla quale è tenuto il magistrato.

È vero, che secondo la condizione delle umane cose non è sperabile, che tutte le persone, che si assumono al governo di uno stato, sieno sempre di una interissima probità, e di un retto, e fino discernimento, comunque tali le abbia giudicate chi le elesse, e che singolarmente, ove le elezioni dipendono da'voti popolari, o almeno di molti, avviene non di rado, che per umani riguardi, per impegni, e fazioni, cadano esse in soggetti non opportuni giusta l'avviso di Tito Livio (3), *semper offecere officientque consiliis publicis facto respectusque rerum privatarum*, tanto più poi dove le magistrature si pongono in certo modo in vendita come in un mercato al più offerente.

Egli è però vero ancora, che in virtù del sociale contratto ogni cittadino si è impegnato a ubbidire a'magistrati posti a presiedere al governo dalla civile polizia, e vale a dire, non a persone impeccabili, e perfette, ma ad uomini, che posson pur troppo, o per ignoranza, o per malizia errare nella loro amministrazione, e governo. E queste, che sono conseguenze inseparabili dall'umana debolezza, deve pure averle avute in vista, e accettate, allorchè col detto contratto a'legittimi magistrati si è soggettato. Non altrimenti chi compera un vaso di vetro sa le vicende, di cui quella merce è suscettibile di sua natura, e al danno soggettasi, che ghene tornerà, qualor venga a spezzarsi, nè certo in tal caso potrà richiamare contro il valor del contratto, come potrà richiamare colui, cui il venditore avendo nel contratto

(3) *Lib.* 2. *Cap.* 30.

promesso une merce sana, si vede ingannato con una guasta merce, e corrotta per colpa del governo, che di esso ne ha fatto il mercante; quindi è, che se gli errori, e falli, ne' quali può incorrere un magistrato, sono accidentali conseguenze dell' umana debolezza, a queste si può dire, che il cittadino siasi in certo modo assoggettato, come a vicende prevedute ragionevolmente, o che potevansi prevedere; se poi questi errori e falli fossero una conseguenza singolare, e privata di un politico sistema corrotto, e alteratosi in seguito, che ragionevolmente non era, nè poteva essere preveduta nel primo sociale contratto (per sociale contratto si deve intendere tanto l' espresso, e ridotto in iscritto, quanto il tacito, o il supposto) allora con ogni ragione potrà il cittadino reclamare come a lesione del contratto, e portar le sue doglianze al trono del Sovrano, che espressamente ha promesso di garantirlo da qualunque conseguenza di tal natura contrarie diametralmente al fine dal cittadino propostosi nel sociale contratto.

Giova quì l' osservare, per ritornare al nostro proposito, che tutto il male, che dall' arbitrio del magistrato nell' esaminare gl' indizi bastevoli alla cattura, può derivare a un qualunque particolare, il quale per una combinazione di fatali circostanze, possa sembrare bastevolmente indiziato per essere catturato, dipende dal sistema adottato dell' inquisitorio processo, avvegnachè se solo sussistesse il metodo del Romano accusatorio un tal male non avrebbe luogo; poichè se gl' indizj, che l' accusatore ha addotti per far catturare alcuno infine del gioco si risolvessero in fumo, l' accusatore subita avrebbe la pena della temeraria, e non bene ponderata sua accusa, e l' accusato ripeterebbe dal medesimo i suoi

denni; il che non avviene nel metodo adottato nel processo inquisitorio.

L'autore delle tante volte mentovato trattato *dei delitti, e delle pene*, nel proposito della cattura insorge contro *quelli, che hanno sostenuto, che in qualunque luogo commettasi un delitto possa essere punito*. Queste opinione in fatti da lui combattuta l'han sostenuta, prescindendo qui de' criminalisti prammatici, un Voulgans (4), un Seigneux (5), un Loke (6), ed altri valenti scrittori di egual calibro. Il nostro autore però parmi, che non distingua i casi, ne' quali ha luogo tal opinione secondo il sentimento dei citati dottori. Imperciocchè non so che alcuno sostenga, che punibile sia uno, il quale abbia commesso un delitto in altro paese, dove ha trasferito il domicilio, dal giudice del paese suo originario; e appunto la ragione è, che col trasferire il suo domicilio, e il suo focolare ha cessato di essere suddito nel dominio di sua origine, e quindi più non è soggetto alle leggi del medesimo. Chi dice adunque, che in qualunque luogo commettasi un delitto, possa essere punito asserisce, che non solamente possa essere punito dal magistrato di quella giurisdizione, in cui il reo lo ha commesso (di che non v'ha chi ne dubiti), ma da quello ancora del suo domicilio, quando il delitto, è di quelli, che feriscono, e offendono la comunanza, di cui egli è membro, e questa opinione a mio credere è appoggiata a giusti fondamenti di ragione naturale, e politica. Imperciocchè noi abbiamo qui avanti osservato, che il diritto di punire spetta alla podestà

(4) *Instit. au droit crim. part.* 4 *cap.* 2. 2. 1.
(5) *System de jurisprud. crim. cap.* 3,
(6) *Gouvernement. civil cap.* 13. §. 3.

Sovrana, pel cui canale passa ne' magistrati subalterni; anzi discenda primitivamente dal diritto naturale, che dee riconoscersi in ogni perfetta civile adunanza d'uomini di vegliare alla propria sicurezza, trasferito poi, o dal supremo autore della natura, o dagli uomini stessi con espresso, o tacito lor contratto nella persona del Sovrano. Ora come nella persona del Sovrano, tal podestà risiede, e diritto di punire un suddito nocevole al bene del suo stato, così la persona stessa del suddito vuol considerarsi dalla soggezione affetta, e dalla obbligazione di subire la pena meritata col suo delitto al bene pregiudizievole dello stato medesimo; poichè troppo è chiara cosa non potersi intendere un jus attivo verso persona alcuna senza un jus passivo, ossia obbligazione corrispondente nella persona, a cui tal attivo diritto si riferisce. Nulla rileva pertanto in ordine al potere, o dover essere punito dal principe un attentato di un suo suddito risultante a danno del suo stato, che questi dentro o fuori de' confini del suo territorio l'abbia commesso; quando la persona è sempre la stessa, e la persona è quella, dovunque si trovi, in cui sta impressa, dirò così, l'obbligazione di render soddisfazione dall'offesa fatta allo stato con portarne la pena. Questa e non altra, s'io mal non mi appongo, è la ragione molto forte, su cui fondasi l'opinione degli autori di sopra mentovati; e questa pure anzi che quella; che chi offende l'umanità merita d'aver tutta l'umanità nemica addotta dall'autore *de' delitti, e delle pene*, è la ragione di varie leggi adottate a questo riguardo in più paesi, per le quali un uccisore, o feritore, o reo di altro misfatto, comecchè seguito fuori del suo paese a pregiudizio di un suo concit-

tadino, può e deve esser punito dal giudice suo originario.

Conseguenza ella è però di quanto abbiamo stabilito, che un semplice furto commesso fuori della giurisdizione originaria, benchè a pregiudizio di un proprio concittadino, e nazionale, non può essere delitto tale, che meriti di essere punito dal giudice originario, se non se ad istanza della parte danneggiata; giacchè questo è un delitto, come qui avanti abbiamo in più lunghi dimostrato, che non interessando direttamente la società, e le sue leggi per ciò, che riguardano l' interesse generale di essa, non può meritare, che la società per sè stessa, e dentro e fuori de' suoi confini per fino a che rimanga nella categoria dei delitti privati, debba perseguitarlo. Per altro ritornando al proposito dei delitti di ragion pubblica, e che riguardano direttamente l' interesse generale della società, sembra troppo conveniente alla maestà delle leggi, e al pubblico esempio, che veder non si debba impunemente godere, e partecipare delle prerogative di cittadino, dei pubblici voti, e della confidenza della patria, colui che l' ha gravemente offesa, che ha contravvenuto alle leggi, e che ha rotti i patti di società, benchè fuori dei confini di essa, e in luogo rimoto. Queste opinione fu già sostenuta, e promossa da Bartolo, così che in seguito, come dice il Claro (7), venne comunemente abbracciata da' prammatici nostri come *un evangelio legale*, sol che in mio senso non è ammissibile la sentenza di Bartolo, e de suoi seguaci, dove esemplificano singolarmente il caso di furto, se non nei termini da me qui sopra stabiliti.

Cade qui in acconcio di parlare della taglia, con

(7) *Quest.* 33. 2. 16.

cui la pubblica autorità mette a prezzo la testa di un uomo criminoso, la cui morte troppo interessa la pubblica tranquillità, e il pubblico esempio. L'autore del libro *dei delitti, e delle pene*, non si può negare, che discorra assai bene su gl inconvenienti di questo istituto, sì politici, che morali, ma in mio senso l'interesse della società di veder distrutto un uomo, che troppo l'ha perturbata, sembrami, che prevaler debba a certi principj di una troppo sottile teoria morale. O il reo è fuori de' confini (distinguerò anche io questi due casi col citato autore) o al di dentro. Nel primo caso vedendo il Sovrano, che costui di continuo perturba i confini suoi, fa delle scorrerie, e delle incursioni fatali, e alla vita, e alla roba dei cittadini, e non lascia in riposo, e tranquilli coloro, che hanno la disgrazia di essere più vicini ai confini, sempre esposti alle stragi, e alle rapine di questo scellerato, nè potendo il Sovrano colle sole forze sue, e con li particolari suoi mezzi assicurare i confini dagli attentati di costui, che deve egli fare, se non eccitare tutti i cittadini a fargli guerra, e a distruggerlo? In questo caso non fa, che rilasciare, e rimettere ai cittadini quel diritto, che la società, e ciascun cittadino in particolare aveva originalmente dal diritto di natura di difendere sè stessi colla forza dalle ingiuste violenze altrui: affinchè da sè stessi si procurino quella sicurezza, e tranquillità, ch' egli per sè medesimo non può in queste singolari circostanze lor conservare. Siccome però anche in una guerra si sogliono promettere, e dare premj a coloro, che con un coraggioso fatto particolare vengano a recare un grande vantaggio alla nazione, così in questo caso, che è una specie di guerra della società contro il facinoroso

tanto nocevole a lei, non veggo perchè non si possa sotto il titolo di taglia promettere un premio a chi finalmente liberi il pubblico da un tanto nemico. Nel secondo caso sempre più cresce la necessità di eccitare i cittadini a purgare lo stato da un nemico tanto più potente, quanto ha tanto di coraggio, e di forza di mantenersi dentro i confini dello stato a dispetto delle leggi, e del Sovrano. Quella corrispondenza poi fra le nazioni, che stabilisce i principj reciprochi di umanità, passati dagl' individui alle nazioni, per cui ciascuna nazione dee desiderare alle altre, e procurare in quanto a sè quel bene, che vorrebbe, e desidererebbe a sè stessa, far dovrebbe, che aver non si debba per ingiuria ed usurpazione di autorità negli altrui dominj la necessità, che spinge una nazione a distruggere dentro i confini di un' altra una persona, o persone, che non hanno cercato asilo presso di essa, se non per sottrarsi alle giuste pene meritate con gli orrendi loro misfatti, e per potere a man salva continuamente recare nuovi danni, e nuove ferite a quella. Nè si può dire, che in ciò il Sovrano mostri la propria debolezza, mentre se usa il diritto di obbligare i cittadini alla difesa del proprio stato, fa mostra con questo stesso della sua autorità, e delle forze, ch' egli ha nelle forze de' suoi sudditi, delle quali dispone a pubblico terrore, ed esempio; e se anche fuori del suo stato estende le sue promesse, scema tanto più ne' facinorosi la lusinga di sottrarsi dalla pena, e di poter impunemente trovar modo di continuare nelle loro intraprese. Il tempo prefissomi in queste riflessioni, non mi dà campo di più oltre estendermi in argomenti per altro interessanti a giustifiare certe massime stabilite, e autorizzate dalla pubblica au-

torità; che spesso conviene rispettare malgrado qualche astratto principio di natural filosofia, il qual paja che riclami.

§. XXV.

Della prigionia.

Le carceri istituite solamente per custodire chi non essendo per anco provato reo, non può essere sottoposto ad alcuna pena, sono oggidì il luogo dello squallore, della desolazione, della fame, dei tormenti, e della disperazione, sotto la custodia di alcuni inesorabili ministri della giustizia, che si fanno nella inumanità, e nella fierezza un punto di gloria, e di vanità. Queste sono le conseguenze della odierna criminale legislazione. Intanto invece di essere tutto ciò posto in conto di pena, non serve, che a disporre il reo infelice a maggiori travagli. I ceppi, e le catene, ond' egli è aggravato, e avvinto sono i preludj dell' imparzial giudizio della sua causa. Venisse almeno questa speditamente trattata, e conchiusa! che la sentenza stessa, comunque di grave pena, in cui essa dovesse terminare, non preceduta dagli stenti di una dolorosa aspettazione, e lunga prigionia, sarebbe al misero più tollerabile, dicendo ottimamente Seneca a questo proposito *quod antecedit tempus maxima supplicii pars est* (1). Eppure quanto e egli frequente ad accadere, che mentre il detenuto geme tra' ferri,

Tra spesanza, e timor, tra pene e doglie,

Il giudice più sollecito de' suoi comodi, e di-

(1) *De benefic lib* 2 *cap* 5.

vertimenti, che commosso dalle di lui miserie, va lentamente avanzando il processo, e dilungando il tempo dell affannoso soggiorno a quell' infelice, che avrebbe per avventura in conto di favore lo stesso affrettamento della meritata condannagione. Nel che sembrami di scorgere una specie di quella fierezza, con cui Tiberio prolungar soleva l' esecuzione dell' ultimo supplicio ad un reo di morte dicendo: *se nondum cum eo in gratiam redisse* (come ci narra Svetonio nella sua vita) per liberarlo sì presto da una vita più travagliosa della morte, che quegli in tanto era costretto a menare.

Presso i Romani le carceri non dovevano servire di pena alcuna, ma soltanto di custodia: *carcer enim*, lo dice Ulpiano (2), *ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*, ciò intendesi però quando la carcere non è destinata espressamente per pena.

Erano sbanditi dalle loro carceri, finchè il reo non era, che sotto la custodia di esse, tutti gli argomenti di pena, e di tormento. *Reum exhibitum*, è un testo delle leggi Romane (3), *non per ferreas manicas, et inhærentes ossibus mitti oportet .... ut et cruciatio desit .... nec vero sedis intimæ tenebras pati debebit inclusus*. Quindi leggesi nel diritto Romano alcune volte usato questo vocabolo appunto di custodia, e non altro, per dinotare il luogo, ove i rei erano detenuti (4); anzi abbiamo, che sovente gl' inquisiti, ossia accusati di qualche delitto, venivano custoditi nelle case

(2) *L. 3 § 9 D. de pœnis*
(3) *L. 1 cod. de custod. reor.*
(4) *L. 9 D. ex quibus caus. major. et l. 4. cod. de custod. reor.*

de' cittadini medesimi (5). Le umanissime leggi de Cinesi pure ci dovrebbero essere di esempio in questa parte, dappoichè anche in esse è stabilito, che le prigioni non debbano essere fatte, che all'uso di custodire gl' inquisiti o accusati di qualche delitto, e non mai perchè siano di pena, e di tormento pendente la cognizione della causa criminale (6). Poichè se il detenuto sarà trovato veramente reo, allora soltanto la semplice custodia potrà convertirsi in prigionia.

Oltre tutto ciò, era nel diritto Romano prescritta la pronta cognizione, e spedizione delle cause criminali. *In quacumque causa reo exhibito . . . . statim debet quæstio fieri* (cioè farsi il processo) *ut noxius puniatur, innocens absolvatur* (7) *De his quos tenet carcer inclusos, id aperta definitione sancimus, ut aut convictos velox pœna subducat, aut liberandos custodia diuturna non maceret* (8). Di fatto, *contra legem naturalem est*, come ben avvisa il Puffendorfio (9) *si reus antequam condemnetur plus mali per custodiam patiatur, quam ad eamdem est necessarium, ideoque id erit vel pensandum, vel de subsequenti pœna detrahendum*. Nel che spiccò egregiamente l'equità, e ragionevolezza del Romano diritto; il quale prescrive nel caso di uno, che subita avesse una tormentosa prigonia, che *sit satis immensorum cruciatuum, semel luisse supplicia, ne hi, qui diu privati sunt auræ communis haustu, et lucis aspectu intra breve spatium catenarum ponderibus præ-*

(5) *Celius Rhodigin. lib 9 cap. 34*
(6) *Duhald tom 2 pag 154*
(7) *Cit l 1 cod de custod reorum.*
(8) *L 5 cod eodem tit*
(9) *De jure nat et gent lib VIII cap III §. IV.*

gravati etiam aliam pœnam sustinere iterum compellantur (10).

E per verità, qual giustizia è quella di sottoporre ad un stato di pena, chi non essendo per anco provato, e dichiarato reo, è in possesso della fama, e del nome di buono, e costumato cittadino, sul quale il giudice in conseguenza non può avere diritto per assoggettarlo a pena alcuna? Ecco una conseguenza dell' instituto de' processi inquisitorj, per cui credesi un giudice di aver bastevole ragione d' incrudelire sopra un uomo, solchè abbia ragione d' inquirere sopra di esso, e tanto più dove il giudice fa parte col fisco, e ha troppo interesse di scoprire delitti, usando lenti, e microscopj, che faciano comparire le cose troppo più grandi e grosse di quello, che realmente sono.

Una conseguenza di tal natura non si può temere nel processo accusatorio, nel quale il giudice nulla eseguisce su la persona dell accusato se prima l' accusatore non abbia con sodi fondamenti provata, e sostenuta la sua accusa. Ecco la maniera onde non pochi innocenti soffrono una ingiusta pena, o sono esposti a soffrirla nonostante qualunque loro innocenza. Ecco aperto l' udito alle cabale, agl' inganni, alle frodi, e a raggiri della calunnia, della prepotenza, e della tirannia per far provare all' innocenza le pene dovute solamente al delitto. Ecco aperta la strada, dicasi pur chiaro, ad un giudice, che più che della giustizia, e della religione fa pompa di fasto, di orgoglio, e di prepotenza per opprimere i deboli, e per estorcere da medesimi contro ogni sistema di giudizio, e di ragione notizie e cognizioni, onde

(10) *L. 23 cod. de pœnis.*

inquirere contro altre persone, e dar così del tribunale al volgo un idea di violenza, e di tirannia. E intanto (poichè i casi non sono rari di coloro, che dopo una lunga stentata, e tormentosa prigionia sono usciti, o rei di delitti suscettibili di leggerissime pene pecuniarie, che non ostante debbono subire, o anche innocenti intieramente) qual compenso ottengono essi dall' aver dovuto subire una pena ingiusta nella durissima e lunga carcerazione?

E rimarcabile al presente nostro proposito quel pregiudizio non solo volgare, ma di alcone persone illuminate ancora fondate su la opintone di alcuni dottori, che hanno per notato di qualche infamia chi una volta carcerato fu, in seguito liberato *dall' osservazione del giudizio*, e sotto questo titolo il pretendono incapace di quegli onori, ai quali aspirar possono i suoi concittadini. Nel diritto Romano abbiamo, che *infamiae detrimentum minime tibi affertur ob id solum, quod in carcerem conjectus es, vel vincula jussu legitimi judicis tibi injecta sunt* (11). L' infamia è una marca della pubblica disapprovazione, con cui è riguardato chi ha commesse azioni indegne, e criminose, per le quali ha subito il giudizio, e quindi merita di essere escluso dal commercio degli altri cittadini onorati, e dabbene, e dalla pubblica approvazione ma chi non è risultato reo in una causa criminale, ha diritto di essere mantenuto in possesso di quella per la ragione, che a suo favore deriva da quell' assioma stabilito dalla ragione naturale, canonica, e civile, *quod quilibet censeatur bonus donec non probetur malus*, onde giustamente fu concluso per regola legale nella pratica giurisprudenza criminale, che *absolu-*

(11) *L.* 1. *cod ex quibus caus. infam.*

tus expresse dicitur qui non est condemnatus (12). So che allegansi altri testi tratti dal Romano diritto per dire, che uno il quale ottenuto abbia semplicemente la sentenza assolutoria dall osservazione del presente giudizio, tutta via conservi una specie di nota infamatoria, onde escluso essere debba dalle pubbliche orrevoli cariche, i quali testi riduconsi a due singolarmente riputati i più forti. Uno è tratto da un rescritto dell Imperatore Alessandro Severo a Marziano (13), dove dice, *Reos criminis postulatos, novos honores appeterenon debere, antequam purgaverint innocentiam suam, et a divis parentibus nostris, et a me sæpe rescriptum est*, l' altro, è di Papiano (14), dove dice, *in quæstionibus nominatos capitalium criminum ad novos honores ante causam finitam admitti non oportet, ceterum pristinam dignitatem retineant*. A questi due testi facile è la risposta: imperciocchè suppongono essi non finita, e terminata con alcuna sentenza la causa criminale introdotta, a quindi ragionevole era, che durando ancora il dubbio, se l' inquisito o accusato possa essere veramente reo dell' appostogli delitto o nò, questo aspirar non potesse ad alcun onore. Rispetto al primo testo la mia risposta è fondata su l' autorità de' migliori interpreti, (15) rispetto al secondo il senso letterale medesimo lo dice espressamente; quindi da questi due testi, anzi si dovrebbe evincere, che poichè sia terminata la causa con una sentenza, che non sia condannatoria, ma sia assolutoria dall' osservanza del giudizio, siccome il supposto reo non ha potuto essere privato, neppure

(12) *Thema. loc. com. verb. absolvere.*
(13) *L. unic. cod. de reis postulatis.*
(14) *L. 17 § 12 D. ad municipalem.*
(15) *Bruneman. ibi.*

della carica, che di ritenere aveva diritto pendente il processo, così non possa essere escluso dall' ottenere, ed essere eletto ad altre.

Io non voglio qui impugnare, che una causa criminale terminata colla sola sentenza assolutoria, dall' osservanza *del presente giudizio*, possa essere in certi casi riassunta. Ma a buon conto il supposto reo, che ha sortita una tal sentenza, dovrà essere mantenuto nel possesso de' suoi primieri diritti, senza che patir ne debba il minimo nocumento da una sentenza, che non fa che conservarlo nello stato di prima, finchè col riassumersi della causa non debba soggiacere ad una sentenza, che il condanni, e dichiari reo, e colpevole dell' appostogli delitto. Chi vorrà sottoporlo ad uno stato di pena, se il giudice lo dichiara esente da pena, e lo esime dall' azione criminale? Nè perchè egli subita abbia una penosa prigionia, per questo ne avverrà ad esso alcuna ragione d' infamia, imperciocchè, come disse benissimo il giureconsulto Marcello (16), non è il dolore, che alcuno soffre da qualche stato penoso quello che lo rende infame, ma la causa per cui è costretto a soffrirlo *sed causa, propter quam id pati meruit, si ea fuit, quæ infamiam damnato irrogat.* Questa causa nel nostro figurato caso non sussiste, perchè non provata, e scartata per ciò dal giudice, per qual altro motivo adunque ne dovrà derivare l' infamia?

Uno in fatti imputato reo di furto commesso, e che in seguito ottenne la sentenza assolutoria dall' osservanza di quel giudizio, si pretese di escluderlo dal poter essere eletto alle cariche municipali. Io ho creduto col mio parere qui esposto di farlo

(16) *L. 22. ff. de his qui notantur infam.*

capace niente meno di un qualunque altro, nè crede essermi apposto male, se bene si ponderano le ragioni da me allegate.

§. XXVI.

Degl' indizj, e pruove.

Abbiamo dalla sana filosofia de' giureconsulti Romani, *satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari* (1). Ma ciò fu inteso assai bene da' più savj criminalisti non potersi applicare, che ai delitti, i quali non interessino direttamente la società, e la pubblica sicurezza, e tranquillità, poichè in questi gravissimi delitti, anche il solo timore del violento periglio, dalle apparenze di cui è minacciato il corpo sociale, non può ammettere lunghe disamine, e consulti, ma richiede pronti, ed efficaci rimedj, co' quali distruggere se non altro il medesimo solo timore, avvegnachè qualunque materiale ingiustizia possa in questi casi essere per accidente commessa, *adversus singulos*, come dice Tacito (2), *utilitate publica rependitur*. Quindi Cicerone con ragione poteva pretendere da Catilina, allorchè solamente era sospetto di tramare insidie alla libertà della repubblica, che sbandito uscisse da Roma. *Discede atque hunc mihi timorem eripe, si verus ne opprimar, sin falsus, ut tandem aliquando timere desinam* (3). Ecco adunque, che *il ferreo assioma, dettato dalla più crudele imbecillità*, siccome lo vuole l' autore del libro dei *delitti, e delle pene*, per cui nella pra-

(1) *L. 5 d. de poenis.*
(2) *Annal. lib. XIV. cap. 46*
(3) *Orat. in Catilinam.*

tica giurisprudenza criminale è stabilito, che *in atrocissimis levores conjecturae sufficiunt, et licet judici jura trasgredi*, fondato egli è su una giusta ragione di politica, e su quella inalterabile obbligazione, che ha il Sovrano alla conservazione, e alla difesa del suo stato, e della pubblica sicurezza, e tranquillità. Un uomo, che dia soli anche rimoti indizj di minacciare un colpo d'apoplessia, richiede, che il medico savio usi de' pronti rimedj per impedirlo, senza che si perda in cooslitazioni per esaminare, se assolutamente questo fatale colpo possa succedere. Il corpo morale certamente ha molta analogia alla costituzione del corpo fisico.

Che la *credibilità di un testimonio divenga tanto sensibilmente minore, quanto più cresce l'atrocità del delitto*, sarebbe una proposizione giusta, se in tutti gli nomini operasse egualmente la ragione, e la religione, ma con tanti esempj avanti gli occhj de' più atroci delitti, che rivoltano l'umanità, che mettono sossosopra gli stati, che si oppongono ai dettami della natura stessa anche la più ferina, e la più selvaggia, dovrà parere cotanto inverosimile l'esistenza di tali delitti, onde rispetto ai testimonj, che gli asseriscano, diventino sempre meno credibili? Direi, piuttosto, che l'interesse della società, e di vigilare alla propria sicurezza, e tranquillità richieda, che ne' delitti li più atroci, e ad essa più pericolosi i *testimoni* divengano più credibili, quando la deposizione loro interessa più lo stato per allarmare la somma podestà ad andarvi al riparo, e per non addormentarla, anzi in una situazione cotanto pericolosa, e in questo singolar caso parmi non mal fondata la dottrina di sopra accennata de' nostri criminalisti, e segnatamente del Carpzovio, che *in atrocissimis liceat jura tran-*

sgredi, benchè tanto detestata dal nostro autore. Io convengo con il lodato autore, che la credibilità de' testimonj divenga sensibilmente minore, quando si tratta di un delitto contro natura, come la sodomia, poichè l'azione umana diventa sempre meno degno di credibilità, quanto più contraddice alla natura dell'uomo, e all'ordinario suo istinto, e impulso, benchè a questo riguardo, come scrisse Procopio nella sua storia segreta Giustiniano anzi avesse promulgata una legge dura, e crudele, per cui la deposizione di un testimonio solo, quando anche fosse un ragazzo, e uno schiavo, persone per altro assolutamente incapaci di testificare in qualunque causa, bastar dovea per pruova legale di un tal delitto. Di questa legge valevasi quell'Imperatore particolarmente per ispogliare qualche facoltoso, e ricco, e per perseguitare quelli della fazione de' verdi, se pure questa legge di Giustiniano non fu anche un effetto della soverchia condiscendenza di esso all'impudica sua moglie Teodora, che doveva abborrire un delitto troppo pregiudizievole alle soddisfazioni del bel sesso, nelle quali non era essa a sè avara.

Gl' indizj sono cose di fatto, e le pruove sono il resultato del raziocinio, con cui si dà forza, e corpo agli indizj per dimostrare l'esistenza, e l'autore insieme del delitto. Le prove sono piene, e semipiene, o se si vogliono denominar con termini meno forensi, si distinguono in perfette, e imperfette. Le prime diconsi quelle, che dal loro risultato fanno escludere la possibilità della non esistenza del delitto, e che il tale non sia l'autore. Le seconde son quelle, che singolarmente considerate nulla concludono per convincere alcuno del reato commesso, ma che unite possono arrivare a formare una prova perfetta, ossia piena, se usar

vogliamo i vocaboli del foro. Notisi però che qualora ragioniamo di prova piena, o perfetta, intendiamo di una certezza umana, che come incapace di dimostrazione geometrica è sempre suscettibile di fallacia, e d'inganno, ma però nel foro umano bastar può a condannare alcuno. Tutte le prove piene, o perfette, o semipiene, o imperfette dipendono dal fatto, e si sa, che *facti interpretatio plerumque prudentissimos etiam fallit*, come dice il Romano giureconsulto Nerazio (4), poichè le regole interpretative del fatto non possono essere nè finite, nè determinate, nè certe, ma arbitrarie, anzi che nò. Nè perchè sieno stati scritti de' grossi, e pesanti volumi, co' quali da alcuni scrittori si è preteso di stabilire sistemi, e metodi, onde giudicare della forza, e virtù degl'indizj, e delle prove, punto perciò hanno potuto i giureconsulti convenire, nè determinare la ragione, e la regola vera, certa, e finita d'interpretare, e giudicare de' fatti. Quindi non si può in ciò rimettersi che alla fede, alla religione, e al discernimento de' giudici, che sono tenuti giurare *se facturos quod visum fuerit melius* (5). Con che questo arbitrio abbia tanti gradi quanto la morale certezza si scosta ne' rispettivi fatti dalla certezza fisica. La storia d'un certo signor d'Anglade Francese preteso convinto con argomenti apertissimi di fatto, e con indizj, e prove, che parevano non ammettere eccezione di un rilevante furto commesso a pregiudizio del Conte di Mongomery, che poichè aveva di già subita la pena si scoprì innocentissimo, onde poi l'unica sua figlia superstite alla disgrazia del padre, otten-

(4) *L. 2. D. de juris et facti ignorantia*
(5) *Auth. hod. Cod.*

ne per soleune arresto del parlamento di Parigi la reintegrazione della memoria di suo padre, e de' danni politici, descrittaci diffusamente dal Pitawel nel primo tomo delle sue cause celebri, dovrebbe spaventare qualunque giudice, e renderlo sempre più scrupoloso nel calcolare i gradi di probabilità desunti dagl' indizj, e dagli argomenti di fatto. Più altri esempj di simil fatta ci somministrano pur troppo la storia, e i registri de' tribunali, coi quali Iddio ci vuol dare di tempo in tempo delle solenni prove della debolezza de' nostri lumi nelle persone ancora le più illuminate, e che l' inganno e l' errore è l' appannaggio pur troppo della umanità, allora quando ancora più ci studiamo d' indagare la verità per zelo di giustizia. Queste sono conseguenze appunto per lo più dello zelo che porta li giudici a non lasciar alcun delitto impunito, imperocchè un cotal zelo spesso sregolato e prodotto dall' entusiasmo, e dal fanatismo, è come un vetro artificioso, che altera gli oggetti, e rappresentali in un aspetto mostruoso, e diversi da quelli, che in realtà sono, considerati senza pregiudizio, e senza prevenzione. Il luogotenente criminale ch ebbe a conoscere la causa, e formare il processo contro il sig. d' Anglade prevenuto altamente, che questo fosse il reo del furto fatto al Conte di Mongomery andava ammassando all' intorno contro il medesimo gl' indizj, e le congetture le più frivole, le più incerte, e le più fallaci, ch' egli sedotto dalla prevenzione credette tutte tanti argomenti infallibili di convinzione, onde dopo averlo sottoposto alla tortura ordinaria e straordinaria ottenne dal parlamento sulle sue rappresentanze, e sul processo l' arresto, che condannò l' Anglade cavaliera per altro di distinzione alla galera dove nel-

la miseria, e nell' ignominia finì infelicemente i suoi giorni. Morto questo infelice cavaliere si scoprirono i veri autori del furto che erano alcuni domestici del conte derubato, e allora fu che riassunto l'esame degl indizj, che aggravarono l' innocente condannato, si videro tutti vani, frivoli, e inconcludentissimi, i quali non potevano somministrar altro argomento, se non se che l' Anglade poteva aver fatto il furto; ma dalla potenza all' atto un buon logico ammetterebbe egli l' argomento per certo e concludente? Eppure nella pratica criminale pur troppo un tal argomento si fa giocare per indizio, non solo a catturare, ma a torturare ancora.

Quindi è, che l' arbitrio di un savio giudice nel ben calcolare e ponderare i gradi e la forza degl' indizj dovrebbe sempre regolarsi dai lumi appresi nello studio intorno la naturale e civile giurisprudenza; arbitrio, che come si parlerà in appresso, non partecipa di quelle nozioni volgari, e di quella estensione, che a un tal vocabolo comunemente si suol dare, perchè limitato mai sempre da' detti principj di ragion naturale, e civile, dai quali non sarà mai vero, che in alcun tempo possa il giudice scostarsi, ovunque dicasi arbitraria la podestà, e autorità sua. Per quanto adunque dica l' autore *dei delitti, e delle pene*, che basti in un giudice il semplice, ed ordinario buon senso, non potrò io mai persuadermi, che senza un serio studio su la costituzione dell' umana natura, sul sistema sociale, e su la giurisprudenza civile possa un giudice adempiere rettamente il suo officio, e soddisfare a Dio, e al mondo. Quindi anzi che felice, infelice mai sempre sarà quella nazione, in cui lo studio delle leggi, non sia con indefessa applicazione abbras-

ciato, e coltivato da que' cittadini, che sono destinati a reggere gli altri.

§. XXVII.

De' testimonj.

Fra le migliori prove contansi li testimonj, i quali attestino del fatto Quanti questi debbano essere sopra ciascun fatto particolare ella è cosa, e dalla teoria, e dalla pratica medesima decisa, che non possano essere meno di due, e che un solo testimonio, quand' anche questo fosse Catone stesso, *Si Cato is foret*, come dice Plutarco, non può essere mai prova bastevole. Imperciocchè abbiamo di fatto ne' precetti giudiziali delle leggi Mosaiche, che *ad unius testimonium nullus condemnabitur* (1) *Non stabit testis unus contra aliquem quidquid ille peccati et facinoris fecerit, sed in ore duorum aut trium testium stabit omne verbum* (2), e dall' Apostolo ancora è imposto, *accusationem noli recipere nisi sub duobus aut tribus testibus*, Nel diritto canonico leggiamo decretato che *unius testimonium nemo judicum in quacumque causa patiatur admitti, imo unius testis responsio non audiatur* (3). Passando al diritto Romano ritroviamo, che *Imperator pronunciavit unius testimonio non esse credendum* (4), e in altro luogo *manifesta sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi præclaro curiæ honare præ-*

(1) *Numer cap.* 15
(2) *Ibid cap.* 19
(3) *Cap si testes* 4 *qu.* 3.
(4) *L* 20 *d de quaest*

fulgeat (5). Di Quinto Scevola senatore di Roma gravissimo, e d'integerrima fede narra Valerio Massimo (6), che dopo aver deposto in giudizio contro di certuno, chiuse la deposizione sua con queste notabili parole. *Ita sibi credi oportere si et alii idem asseverassent, quoniam unius testimonio credere perniciosi esset exempli*. Abbiamo pure presso di Seneca (7), che *uni etiam de minore scelere non creditur*.

Stabilirono per tanto li criminalisti le seguenti conclusioni, che giuste, e conformi alla ragione saranno sempre in mezzo alle non poche men rette, e contrarie alla natural filosofia.

Primieramente, che una sola, e semplice testimonianza quantunque di persona superiore ad ogni eccezione non pruovi il delitto dell'accusato.

Quindi in secondo luogo, e in confermazione della prima conclusione, che la testimonianza medesima di un personaggio eminente per dignità quanto si voglia, o per toga, o par spada, o per porpora, niente meglio pruovi, non ostante una legge di Costantino, la quale imponeva, che la testimonianza di una persona sola rivestita di un eminente dignità bastasse.

Terzo, che l'asserzione di un testimonio di tal peso, non si debba calcolare in buona giurisprudenza, che per un indizio da anteporsi a quello della fama.

In quarto luogo, che mille testimonj singolari nulla più pruovino di quello pruovar possa un testimonio solo, non potendosi supplire col numere al difetto della singolarità.

(5) *L. 9. Cod. de testibus.*
(6) *Lib 3 cap. 1.*
(7) *Lib III controv. in fine.*

Per ultimo, che se un legislatore avesse stabilito, cha un delitto si debba intendere provato da un solo testimonio, la sua legge a questo riguardo sia nulla, ed inefficace.

La ragione stessa, dice il Montesquieu (8) esige due testimonj, e non un solo, perchè un testimonio, che affermi, e l' accusato, che neghi, fanno due parti fra se discrepanti, così che vi bisogna un terzo, che decida la loro differenza. Oltre di ciò la condizione dell' umana natura è tale, che troppo spesso può ingannarsi in ciò che dipende dall' uso de' sensi, e quindi l' acquietarsi a un solo testimonio, sarebbe un esporsi al pericolo di certamente ingannarsi, poichè come avverte Plinio (9): *nullum tam impudens mendacium est ut teste careat*, onde per provvedere alla umana debolezza fu e dal gius canonico, e civile stabilita la necessità di più testimonj, per cui noi abbiamo qui avanti riportati fedelmente li testi, non per provare una sentenza, che è già trita, ma per sentirne viepiù la forza. *Misera conditio*, esclama però a ragione Quintiliano (10), *misera conditio mortalitatis, quando animis jam quæ egimus videtur opus esse teste: ita parum facit veritas, ita nullum nomen est fidei. Non satis videri potest probatum quod duo sciunt.* Quali però debbano essere i testimonj, onde meritare quella fede, di cui è suscettibile l' umana debolezza, ce ne da un saggio il Pufendorfio, alla cui dottrina mi riferisco (11): » Benchè, dic' egli, a dire la verità, » sieno costretti i testimonj dalla legge naturale, » e spesso ancora dalla religione del giuramento,

(8) *Esprit. des lois liv. 12. chap. 3. tom. 1. pag. 156.*
(9) *Histor. natur. lib. VIII. cap. 22.*
(10) *Declam. 312.*
(11) *De offic. hom. et civis lib. II. cap. I. § XI.*

» sarà sempre cosa più sicura non ammettere per
» testimonj que' tali, i quali abbiano verso alcuna
» delle parti qualche affezione di animo; così che
» la coscienza loro debba lottare in certo modo colla
» grazia, coll' odio, colla passione della vendetta,
» o con qualche altro violento moto d' animo, o
» stretta relazione; a superare le quali affezioni, e
» stimoli non in tutti avvi bastevole costanza », e
quindi ottimamente riflettere Gerardo Noodt, *non frustra petitur testimonium, ubi cum ratione metui potest, ne a natura sui studiosa corrumpatur* (12).

Esclusi dovranno essere niente meno dal testificare quegli, che sospetti possono essere per la debolezza dell' età, e del sesso, e che indegni, e incapaci sono di fede. Di debolezza, e fragilità per l' età, sono ragionevolmente sospetti quelli, che non arrivano a una certa determinata età prescritta dalle legge, come sono i minori di venti anni, e pel sesso tutte le donne; onde il diritto Romano saggiamente, e quelli, e queste esclude dall' essere testimonj in cause singolarmente criminali, checchè ne dica l' autore del libro *dei delitti e delle pene*, troppo determinato a contraddire e tutte senza eccezione le pratiche criminali, che finora hanno prevaluto, quasi abbia adottato riguardo ad esse quel di Virgilio:

Tros Rutulusque suat nullo discrimine habebo.

Per verità troppo è delicato l' affare delle cause criminali, e da maneggiarsi a gran paura; persone però soggette a illusioni, persone, che di leggieri pos-

(12) *Comment. ad tit. Digest. de test.*

sono sedursi, e corrompersi, persone di giudizio non per anco fermo, e aggiustato, persone finalmente di scarso discernimento, dovrebbero sempre essere escluse dal testificare in esse. Questa regola dovrebbe render circospetti i giudici nel non ammettere troppo indistintamente ancora le deposizioni di rozzi villani, e di uomini idioti, e semplici.

Quanto alle persone d' infamia legale notate, esse pure con ragione dal Romano diritto, sono rigettate dall' essere testimoni, cioè, *quisquis judicio publico damnatus erit*, come dice il testo (13), i quali tutti, come privati della personalità civile hanno un intrinseca inabilità, onde meritar fede a' loro detti, mentre di fede non può esser degno, che chi è in possesso legale di un buon nome, e di una giusta estimazione civile, che l' infamia per sè toglie, e distrugge. Ciò non ostante tutte queste persone, vorrebbe il mentovato autore non escluse dall' essere testimonj legali in una causa criminale se non quando abbiano interesse di mentire. E quando è mai, che si fatta sorte di gente, o non abbia interesse di mentire, o altronde non sia capace di mentire? Uomo stato privato pei suoi falli e misfatti dai pubblici voti, della confidenza della patria, e di quella quasi freternità, *cognationem quamdam naturæ*, come dice il giureconsulto Fiorentino (14), che la società ispira, io certamente non intendo come debba, o possa ammettersi a testificare in giudizio avanti quel giudice, e in quel tribunale, che lo ha dichiarato indegno dei patrj, e personali diritti. Uomo, che la patria ha marcato in fronte con una nota di perpetua riprovazione, condannato, e proscritto dal numero de' suoi cittadini, come

(13) *L. 3. § 5. ff. de testibus.*
(14) *L. 3. ff. de justit. et jure.*

perverso, ingiusto, scelerato, e di cuor falso, e maligno, come meritar può egli mai fede ai suoi detti? In un' affare, che interessa sovente l' umanità medesima, in un affare in cui si tratta della vita, della fama, dell' onore, della fortuna, e della roba de' cittadini, si dovranno a fascio ammettere le testimonianze di chicchessia? La sana filosofia dell'antica giurisprudenza Romana conobbe i giusti motivi di escludere coteste persone sfornite di carattere dal meritar fede, non potendo la ragion pubblica ammettere l' asserzione se non di chi è in possesso di un buon nome, e di una giusta estimazione civile, non giammai di chi è stato solennemente riprovato, e condannato come d' animo corrotto, e guasto, in cui caderà sempre le presunzione, che anche nelle sue testimonianze sia niente meno malvagio, o per calunniare, ed aggravare altrui, o per comperere con uno spergiuro ad altri l' indennità, e un misero guadagno a sè medesimo.

Viene qui a proposito ciò che nell' adottato pratico sistema di giurisprudenza criminale si osserva. Osservazione non isfuggita all' autore del libro *dei delitti, e delle pene*, ed è il pretendere di purgare l' infamia di alcuno per abilitarlo ad essere testimonio legale coll' uso della tortura. Ma che bastegli e fare un tal mezzo col fine preteso? E fino a questa età nostre cotanto illuminata ha potuto arrivare, e mantenersi un uso quanto barbaro altrettanto ridicolo, e assurdo? Dunque tra gli spasimi degli omeri scommessi delle slogate braccia, dei freddi sudori, riacquisterà egli la buona fama, e il buon nome, che ha perduto? Dunque siccome dicesi de' serpenti, che in mezzo alle spine, e ai sassi depongono le antiche squamme, così dovremmo noi credere, che gli uomini in mezzo ai dolori, e tormenti depongano

le spoglie d' infamia, ond' erano prima rivestiti? Dunque la lussazione delle membra, la violenza recata al meccanismo del corpo, saranno gli arbitri delle opinioni degli uomini, e le regole moderatrici de' giudizj umani! Un uomo in mano al carnefice, che lo tormenta legato, e sospeso crudelmente ad una fune ignominiosa, e infamatoria perderà la taccia d' infame, e lascierà perciò d' essere l' infame di prima? con un mezzo infamatorio per sè stesso si pretenderà di togliere l' infamia?

Hominum immortalis est infamia,
Etiam tum vivit cum esse credas mortuam.

Dicea benissimo Plauto (15), e l' Imperatore Claudio, avendo ad istanza degli attinenti di certuno dichiarato infame, tolta al medesimo la nota d' infamia, soggiunse ad essi molto bene *litura tamen extat*.

L' infamia di fatto è un' affezione attaccata non già alla fisica costituzione, ma alle qualità morali della persona infamata, a purgar la quale altro vi vuole, che l' infame crociuolo della tortura. A parlar propriamente essa altro non è, che una opinione, svantaggiosa, che le saggie, e costumate persone portano nell' animo loro verso l' infamato. *Stans noxa invidgi pectore*, come diceva Varrone. E a tergere tal opinione è egli acconcio ciò, che invece d' ingerire sensi di estimazione, e di rispetto verso la persona già in questa parte pregiudicata, ad altro non vale, che a renderla sempre più oggetto di avversione, e disprezzo? L' uomo stesso, che col divenire infame ha perduto ogni diritto al suo buon nome, e al suo onore, imparerà egli col mezzo dei tormenti a ri-

(15) *In Pers.*

spettare l' altrui onore, e riputazione? Non dovrà anzi temersi con ogni ragione, *ne salutem alienam in periculum deducat qui de sua desperavit* (16)? Come non gli altri, così neppure egli stesso resterà mai persuaso, ch' ei non sia l' infame di prima, e quindi conoscendo d' aver perduta per sempre la vita civile, trasportato facilmente sarà da quel naturale affetto, siccome incapace di sentimenti migliori, e di affetti più sani, a trarre altrui pure nella sua disgrazia; giacchè come dice Seneca (17). *Naturali quodam deploratae mentis affectu morientibus gratissimum est commori*. Gli uomini pensatori hanno da lungo tempo rimirato quest' uso con dello sdegno insieme, e dell' orrore, e considerato come un detestabile rimasuglio delle purgazioni volgari de' secoli dell' ignoranza, e della barbarie.

Veramente abbiamo noi nel Diritto Romano, che i servi riputati incapaci della personalità civile, per avere da essi la verità di un qualche fatto, venivano torturati, col qual mezzo era abilitata la deposizione loro in giudizio. Dalla qual cosa sembra, che possa essere derivato il pratico sistema di abilitare la deposizione degl' infami col mezzo della tortura. Ma se io esamino l' oggetto a cui secondo la dottrina de' nostri criminalisti, e la pratica de' nostri fori, tende l' uso di torturare gl' infami, lo trovo ben diverso da quello, a cui tendeva la tortura, che da' Romani davasi a' loro servi per avere la verità. Noi pretendiamo di purgare l' infamia, così che dopo essere stato l' infame torturato, possa al banco di ragione deporre, come qualunque altro testimonio sopra ciò, di cui viene interrogato, e sia mente me-

(16) *Paus. lib.* 1. *sentent. cap* 12. §. *ult.*
(17) *Declam. lib.* 9. *cap* 5.

no degno di fede di qualunque altra più savia, e costumata persona, che goda ogni buon nome senza ombra di macchia. Con ciò pretendiamo di purgare tal pratica criminale da ogni sentore delle antiche, e derise in oggi anzi detestate purgazioni volgari, e di farla invece rimontare all'istituto, e all'uso dei saggi Romani. Ma invano a mio parere. Conciosiachè valevansi, è vero, i Romani della confessione de' servi per viepiù convincere il reo già aggravato da molti argomenti di fatto. *Ad tormenta servorum*, così un rescritto di Adriano, *ita demum veneri oportet cum suspectus est reus, et aliis argumentis ita probationi admovetur, ut sola confessio servorum deesse videatur* (18). Nè i servi però erano considerati come testimonj, nè tal loro confessione, come deposizione testimoniale, ma puramente come un nuovo argomento, e prova concludente. Vi ha diversità in fatti tra' testimonj, e argomenti, da' quali deducesi prova di un fatto. Son pruove i testimonj ancora, ma pruove per sè stesse artificiali. Pruove artificiali son gli argomenti, che da circostanze, e cose materiali desumonsi per via di congetture, e presunzioni. A questo genere di pruove apparteneva la confessione di un servo torturato, e tra le tre classi di pruove artificiali, *necessarie, credibili, non ripugnanti* alle necessarie, poteva annoverarsi una tale asserzione, cioè a quelle, che indubitatamente provano la reità dell'accusato. Che poi non si avessero da' Romani in conto di testimonj i servi torturati, può intendersi a mio credere da un caso riferito nella legge ventesima del digesto al titolo *de obligationibus*. Il caso è questo. Pretendeva Tizio, che fosse stata depositata

(18) L. 1. §. D. *de quaestionibus*.

dalla sua moglie defunta una tal somma di danaro in mano di Cajo, da cui ne voleva la restituzione. Un solo era il testimonio, che asseriva seguito un tal deposito. L' attore fece istanza, e ottenne, che fosse torturata una serva, la quale di ciò poteva avere contezza. La decisione qual' è? che la tortura fu illecita, nè nulla per essa poteasi conchiudere, nè altra ragione non ne adduce il testo, se non perchè, *unius testimonio non est credendum*, non si aveva dunque per testimonio costei, poichè aggiunta la deposizione di essa a quella dell' altro già favorevole a Tizio, i testimonj stati sarebbon due, e non un solo. Che che sia di ciò, lo scopo de' Romani nel torturare i servi, non era certamente di purgare così la loro infamia, ma precisamente di trar loro di bocca la verità, credendo per avventura, che uomini di quella vil condizione, e d ordinario di non men guasto costume, esser non sapessero veritieri, se non a forza di tormenti.

Di più i Romani non torturavano mai uno di già confesso di un suo proprio delitto, per avere da esso pruove contro di un' altro, *is qui de se confessus est in caput aliorum non torquebitur*, così la legge (19), e Giulio Paolo nelle sue ricevute sentenze ce ne dà la giusta ragione; *qui de se confessus est, in alium torqueri non potest, ne alienam salutem in dubium deducat qui de sua desperavit* (20), noi non abbiamo difficoltà di stabilire i fondamenti di un processo criminale contro alcuno sopra la sola deposizione estorta ad un altro a forza di tormenti, e di martirj. Il diritto Romano si osserva presso che in tutt' altro, che dove le

(19) *L. 16. D. de questionibus.*
(20) *Recept. sentent. lib. 1, tit. XII. §. ult*

sue massime son più conformi ai dettami della ragion naturale, e della umanità. Uno semplicemente inquisito, e perciò custodito nelle carceri, il quale nelle sue deposizioni induca giusti motivi d' inquirere d' un altro, non vi può essere difficoltà per cui non ammetterlo come legittimo testimonio, quando non appaja alcun interesse in esso di aggravare un terzo senza sottoporlo ad un tormento di ridicola, e vana formalità, perchè confermi la sua deposizione collo slogamento delle ossa. Non vale contro la sua deposizione il pretesto dell' infamia, di cui pe' suoi delitti possa essere notato, perchè questa non si incorre legalmente, che dopo subito il giudizio di condanna, e la sua deposizione fatta prima della sentenza non è deposizione, o testimonianza d' un infame.

§. XXVII.

Continuazione.

Presso i Romani i testimoni dovevano pubblicamente deporre alla presenza dell' accusato medesimo, che aveva diritto di risponder loro, interrogarli, e riconvenirli, così osservò con tanti altri Asconio là dove scrisse su la terza Verrina, *loqui nisi interrogato testi non licebat. Interrogatur autem, et ab eo contra quem productus*, e chiaramente in tal metodo Romano rilevasi nella causa di Verre; in cui Cicerone accusatore citava a ciascun delitto i testimonj, e dava questi all' oratore Ortensio, che patrocinava Verre da interrogare, onde ne fu talmente defatigato Ortensio, che abbandonò la causa del suo cliente, il quale poi spontaneamente andò in esiglio. Un metodo così nobile,

franco, e giusto respirava l'equità, a la ragionevolezza, ma questo metodo non poteva tornare a conto, a chi nell' odierna nostra giurisprudenza criminale pare sovvente, che quasi più che la verità cerchi il delitto. A verificare questo mio detto riflettasi alla procedura, che si tiene. Li testimoni sono ascoltati in segreto di ciò che più piace al fisco, e benchè il reo abbia il diritto di farli ricapitolare, in poco, o niun vantaggio di esso ciò può riescire; avvegnachè i testimonj sono per lo più gente volgare, cui il giudice rinchiuso da solo a solo può far dire, ciò che a lui più aggrada, e poscia si ritrovano essi nella ricapitolazione, ossia ripetizione in necessità precisa di dire, ciò che già dissero prima pel timore ben fondato di non essere dal giudice riconvenuti per spergiuri: quindi se falsi furono nella prima deposizione, falsi conviene che sieno anche nella seconda. Nè vale a un testimonio di spirito semplice, ma di cuore sincero, il dire, che nella prima deposizione non si sia bastevolmente espresso, o che non intese bene gl' interrogatorj (come succede sovente, e Dio voglia, che non tanto per la rozzezza di tali persone, quanto per arti da' fiscali usate a bella posta, affin di trarre ne' lacciuoli gli incauti), o che il giudice non abbia ben inteso, o che il testimonio abbia detto troppo poco, o che abbia in qualche leggierissima parte ecceduto, poichè tosto egli si sente intimata la caduta in ispergiuro a se prima faceva le parti di testimonio, ora è costretto a fare le parti di reo, e di reo tanto più infelice, quanto è maggiore l' impegno del fisco di perseguitarlo, non tanto in odio dell' appostogli delitto, quanto per non avere nelle sue deposizioni favoreggiata la causa del fisco nel processo, in cui faceva da testimonio.

Questo modo di procedere, facendo ogni cosa con somma segretezza, che a me sembra importunissimo, è quello, che ora comunemente si tiene. Il giudice col suo cancelliere, che scrive le deposizioni (se pure lo stesso giudice non fa egli medesimo due parti, e di giudice, e di cancelliere, come pur troppo tal volta succede) il giudice, dico col cancelliere, sta ricevendo le deposizioni dei testimonj a soli a soli uno dopo l' altro. Sforzansi la maggior parte de' nostri criminalisti di trarre quest' uso da' Romani, laddove nel Codice (1) si ritrova la frase; *testes ad judicantis intrare secretum*, credendo con vergognosa imperizia, che ciò voglia dire, che i testimoni erano interrogati in segreto, mentre quì *secretum* significa il luogo, ove trattavansi le cause criminali, e *intrare secretum*, vuol dire entrare nel luogo del tribunale. Il qual luogo dicevasi anche promiscuamente, *secretarium* (2), *e auditorium* (3), ed era una sala, in cui tre gradi di sedie v' erano, uno per li giudici, l' altro per le persone illustri, che intervenir volevano a sentire trattar la causa, e il terzo per quelle, che facevano qualche parte nella causa, o civile, o criminale. Una volta trattavansi le cause nel pubblico foro di Roma all' aperto, e presente il popolo, poscia fu stimato più opportuno alla maestà de' tribunali di trattarle nelle basiliche, senza che vi dovesse intervenire il popolo, e quindi fu detto questo luogo ancora *secretum*, *secretarium*, *et auditorium* (4); e che nel *segreto*, o nel *segretario*, si, ma non segretamente,

(1) *L. 4. cod. de testibus.*
(2) *L. ult. cod. ubi Senat. vel clariss. et l. 3 Cod. de offic. divers. Judicu.*
(3) *L. 1. 40. d. de rebus creditis.*
(4) *Vide noodt. ad tit. d. de testib. in fin.*

e a soli si udissero i testimonj, trar lo possiamo da Cicerone, dove nell' orazione *pro Flacco*, così dice, *ubi est illa laus oratoris, quæ vel in accusante antea, vel in patrono spectori solebat? Bene testem interrogavit, callide accessit: reprehendit: quo noluit, adduxit, convicit, et elinguem reddidit*; e da Plinio, il quale in una sua lettera parlando dell' assistere, che faceva alle cause, così scrive (5) *concipere animo potes quam simus fatigati, quibus toties agendum, toties altercandi in, tam multi testes interrogandi, sublevandi, refutandi*. Ciò che dà ad intendere, non una quieta, e segreta udienza di un testimonio per volta, ma una pubblica, e contenziosa di molti insieme.

Ciò nulla ostante v' ha un paese in questo mondo, *ego autem nomino neminem quare irasci mihi nemo poterit* per parlare con Cicerone in cui per lungo tempo si è osservata con iscrupolosità la barbara, e ingiusta pratica, non che di non far essere presenti le persone ree, ed inquisita alla deposizione de' testimonj, che le aggravavano, ma perfino di negar ad esse colla notizia, e col nome di questi testimonj, e copia di quanto avevano deposto contro di esse, il diritto di ricapitolare, pretendendo, cha dovessero difendersi senza aver nelle mani i fondamenti dell' accusa, onde eliderli. Quindi la deposizione di un testimonio, che aver poteva qualche interesse, noto soltanto al *reo* per mentire, ed aggravarlo ingiustamenta, tenuta occulta al reo, doveva valera a suo pregiudizio. Quindi un testimonio inimico, e segretamente congiurato a' danni di un innocente poteva aver il campo di dar un pieno effetto alla sua passione, e alla sua vendetta, quindi

(5) *Lib. III epist. IX*

era aperto l'adito alle imposture, e alle calunnie, senza che sì di leggieri potessero scoprirsi. Queste, ed altre pessime conseguenze prevaler non potevano sopra la consuetudine, che come singolar ragione a questo riguardo, manteneva un rispettabile tribunale, in un sì improprio istituto, senza por mente a ciò, che Giustiniano ci avvisa (6). *Male adinventa, malæque consuetudines, neque ex longo tempore, neque ex longa consuetudine confirmantur*, e il giureconsulto Celso, *quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.*

§. XXIX.

Della confessione del reo.

Cicerone fattosi accusatore di Verre trionfa in una delle sue celebri Verrine per avere a fare con un reo, *qui scelerum suorum nullam sibi neque inficiandi rationem, neque defendendi reliquisset, sed omnibus in rebus coargueretur ab accusatore, convinceretur a testibus, urgeretur confessione sua, ut manifestis indiciis teneretur* (1). Da questo passo di Cicerone rilevar possiamo, quando era, che la confessione del reo ne' giudizj di Roma aveva forza di certa pruova, e certo argomento, onde condannarlo, cioè, poichè l' accusatore avesse assai bene munita l' accusa di argomenti evidenti, e di sode pruove, e poichè il reo fosse stato convinto in faccia dai testimonj. In questo caso è, che dee aver luogo il tanto decantato verso d' Ovidio, che da' nostri criminalisti troppo si estende (2).

(6) *Novell.* 134 *cap.* I
(1) *Verrina quarta cap.* 64
(2) *De pont. lib.* 11 *eleg.* 11 *vers.* 56

e intendere si dee il testo, dove dice, che i rei confessi si condannano, *sua quodammodo sententia* (3), così intender dobbiamo il parere di Catone, là dove al riferir di Sallustio (4): *de confessis sicuti de manifestis rerum capitalium more majorum supplicium sumendum censuat*, e il detto di Tertulliano, (5) che *leges confessos damnari præscribunt*.

Dunque concluder dobbiamo allora convinto dalla propria confessione il reo, quando oppresso dalle pruove dell' accusatore, e dalla deposizione di più testimonj degni di fede, confessa da sè medesimo il suo delitto. Conciosiachè la confessione spontanea è sempre per sè sola sospetta, *ea natura*, dice Quintiliano (6), *est omnis confessionis, ut possit videri demens, qui de se confitetur. Hic furore impulsus est. alius ebrietate, alius dolore, quidam quæstione. Nemo contra se dicet nisi aliquo cogente*. Rescrisse pertanto saggiamente l'Imperator Severo: *confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis non instruat* (7), cui aggiunge Ulpiano per certa regola in giurisprudenza, che *si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides adhibenda est, nonnunquam enim aut metu, aut alia de causa in se confitetur* (8). È vero, che, come dica Seneca (9), *confessio conscientiæ vox*

(3) *L.* 1 *D. de conf reor*
(4) *De bello Catilin cap.* 3.
(5) *Apologet. cap.* 11.
(6) *Declam.* 314.
(7) *L.* 1. § 17 *D de quæst.*
(8) *Ibid* § 27
(9) *Controv. III. lib. III.*

est, e che, coma dica S. Ambrogio ancora (10). *omnium superegreditur sententias, qui a sua conscientia eaque sententia damnatur...... Reus sine excusatione est, qui conscientiæ suæ judicio damnatur*. Ma la confessione, esaminato prima il carattere, l'età, e la meote di chi confessa, conviene che riguardi un delitto, la di cui esistenza sia però stata precedentemente provata, che è ciò, che dicesi corpo del delitto. *Non omni modo confessus*, dice Giulio Paolo (11), *condemnari debet rei nomine, quæ an in rerum natura esset, incertum est*. In somma la confessione dee provare il reo, non il delitto, nè può fare come parla Samuele de' Cocceij (12), che vi sia delitto, cioè, che debba credersi l'esistenza di esso, la quale non siasi precedentemente provata. Leggonsi pure (e i registri stessi de' tribunali ne posson far fede) leggonsi, dico casi non così pochi di alcuni, o fanatici, o pazzi, o disperati, che a per noja di più vivere in pene, o per altre cagioni si sono spontaneamente accusati di enormi delitti. Egli è pure in tali occorrenze, *maximum munus servare nolentem* (13). Ottimo però, e prudente è l'avviso dell' Ambrosini in mezzo a tante altre sue opinioni barbare, e feroci, il qual dice, che *licet millies sint ratificatæ confessiones; semper tamen verificandæ sunt cum omnibus suis circumstantiis, et ita observant pii assessores, et Deum timentes* (14). Merito pertanto a questo riguardo gli elogj di Tertulliano la reli-

(10) *Serm. I.*
(11) *L. 8 D. de confess. reor.*
(12) *In dissert. ad Grotium proqm. 12. lib. 6. cap. 4.* § 685.
(13) *Calpurnius Flaccus decl.*
(14) *Lib. IV. cap. 5 n. 10.*

gione de' giudici, e dei tribunali Romani, là dov'egli dice (15), *soletis et inaccusatos, et indefensos non temere damnare. sed verbi gratia, si de homicidio confitetur, non statim confesso eo crimen homicidii dispuncta causa est. aut satiata cognitio; quamquam confessis difficile creditis verum insuper consequentia exigitis, quoties cædem egeris? quibus telis, a quibus in locis? quibus spoliis, sociis, receptoribus? ne quid omnino mali hominis delitescat, aut desit aliquid instruendæ ad sententiam veritati*. Ecco da questo passo di Tertulliano, quali caratteri debba avere la confessione di un reo prima di essere ammessa, e creduta sufficiente a procedere alla sentenza contro di esso. A questo passo di Tertulliano, aggiungasi un altro di Cicerone, per sempre più caratterizzare la confessione del reo, il quale abbia la forza di convizione. Parla egli nella sua terza Catilinaria de' congiurati con Lentulo, e dopo avere le altre pruove, e gli altri indizj esterni addotti, così soggiunge, *tum multo certiora illa, color, oculi, vultus, taciturnitas, sic enim obstupuerunt, sic terram intuebantur, sic furtim nonnunquam inter se aspiciebant, ut non jam ab aliis judicari, sed ipsi a se viderentur*. Questi segni, che sono il linguaggio della natura del reo per confessare il suo delitto in faccia alle prove, che lo convincono, facendo traspirare dal suo volto, dalla sua aria, da' suoi gesti, da' suoi moti, suo malgrado, quella verità, che studia di occultare, non si otterranno mai per mezzo dei tormenti, ne' quali il dolore, e lo spasimo, troppo rendongli non solo equivoci, ma inosservabili; dico, inosservabili, perchè anche fuor de' tormenti

(15) *Ad nation. lib. 1. cap. 11.*

sono per sè stessi equivoci cotesti segni; e siccome accaderà benissimo, che un uomo di onore, e di animo ben fatto, e impallidisca, e arrossisca ad un tempo, e si confonda, e taccia, e fissi attonito lo sguardo in terra, non per opera della sinderesi, che lo rimproveri, ma per vergogna, e raccapriccio al sentirsi imputare delitti, che neppur mai per avventura gli passarono per la mente; così per lo contrario è cosa non infrequente ad avvenire, che uno scellerato incallito ne' vizi presentisi al giudice intrepido, e imperturbabile, e tengasi con faccia tosta, a franca a fronte delle pruove, e argomenti più forti, e validi a convincerlo de' suoi misfatti. Sono però attendibili, è vero, i predetti indizj in complesso di altre pruove, e di certe circostanze, ma per sè soli non bastan mai a fondare un giudizio prudente, nè contro, nè a favore del reo.

Luogo è qui di far parola della frodi, con cui i giudici, e fiscali troppo impegnati a far risultare il delitto sotto speranza di premio, e d' impunità inducono il reo a confessare il suo delitto. Frodi, dico, son queste, perchè soventemente non si mantiene la promessa data sotto cavillazioni, e pretesti di restrizioni, anche puramente mentali da' teologi condannate, e dalla Chiesa proscritte. Frodi, dico ancora, perchè si defrauda la giustizia col promettere l' impunità anche in circostanze, ch' essa è contraria ad ogni ragione divina, e umana. Frodi, che parimenti meritano un tal titolo, perchè troppo spesso si dà per esse luogo a' calunniatori di macchinare all' altrui riputazione, onore, e vita. Sentiamo a proposito di queste frodi de' giudici ciò, che un autore altronde dotto scrive per seguire la corrente di altri criminalisti. Porterò le sue stesse parole, e son ben certo, che non vi sarà chi non inorridisca a una

condotta giudiziale si barbara, qual' è quella, ch' egli riferisce, e molto più alla dottrina, con cui, come vedremo in seguito (parlando, come giovami di credere non per suo sentimento, ma in persona di quelli, che tengono tal condotta) pretende di giustificare simiglianti procedure. *Quædam Dorneia detenta erat ex causa, quia dicebatur, quod fuerat in morte viri machinata. et nil poterat probari, regens fecit eam ad se vocari secrete in camera, et dixit, quod volebat eam habere in suam, et finxit illam osculari. et cum ea ratiocinando, et pollicendo liberationem, extorsit confessionem de homicidio viri, quæ deinde fuit decapitata* (16). Ecco qual conto si fece della pubblica fede da quel giudice impegnata a quella donna di liberarla. La fede è una virtù, dice il Cardinale de Luca (17), che chi presiede, e regge, è tenuto assai più dei privati di custodire, e osservare, poichè, se la cura maggiore della polizia civile consiste nell' insinuare, e tenere tra' sudditi vive le virtù, animatrici, e interessanti il bene della società, fa duopo, che egli preceda coll' esempio. Dunque la virtù della fede, che troppo interessa la società, se molto importa, che sia da' privati osservata, tanto più da chi è tenuto d' invigilare alla osservazione della medesima, e di promoverla. Il credito alle virtù nel volgo dipende assaissimo da colui, che qual idolo esso adora, e venere, come posto sul candeliere in faccia agli uomini, che dalla sua bocca, e dalle sue leggi dipendono. Il volgo incapace troppo spesso di giusti principj, non misura la moralità delle azioni, che dalle leggi, a da chi le detta, e le fa eseguire. Si

(16) *Puteus de syndacatu verbo torture* 1 *cap VII. p.* 1. *pag* 319

(17) *De regalibus discurs.* 148. *n.* 17.

forma di chi sotto i suoi occhi lo regge, e governa, un idea come di un uomo singolare inspirato, e condotto da Dio, e quindi le azioni di costui, le quali non sieno almeno diametralmente opposte al lume naturale, se gli propongono soventemente come un esempio di cosa, che non può essere, che conforme alla ragione, e alla giustizia. Le storie ci possono somministrare monumenti infiniti a questo riguardo. I vizj caratteristici di una nazione, provincia, o città cambiano sovente col cambiar di governo. Così ancora le virtù caratteristiche. A me non conviene di portar esempj per vieppiù dimostrare questa verità, a ninn altro oggetto allegata, che per norma a' giudici, e a chi presiede nei governi; e per farla loro sempre più sonare alle orecchie. Quindi è, che, quando anche avesse un giudice una legittima ragione di mancare alla fede data, o di impunità, o altrimenti, egli è sempre questo un mal esempio, che introduce la corruttela ne' cittadini stessi, e che disonora gravemente, e deturpa la maestà de' tribunali.

Barbara pertanto, iniqua, e ingiusta sarà sempre più la dottrina di que' criminalisti, i quali formando un sistema di morale, che non verrebbe abbracciato dagli Ottentotti, e Caraibi, insegnano generalmente, che un giudice non sia tenuto di mantenere la fede, ancorchè munita colla religione del giuramento a un reo per estorquergli la confessione. Io riferirò le parole dell' autore poc' anzi accennato, il quale su l'autorità di altri, che lo precedettero, così scrive: *multi etiam fide data, in juramento præstito, quod si dicerent veritatem, eos liberarent a pœna, confessi sunt homicidia, et delicta*, e non pertanto questi tali, soggiunge, sono stati condannati alla ordinaria pena meritata col loro delitto.

Ista enim juramenta, prosegue egli, *an sint observanda ipsis delinquentibus, a quibus sunt præstita, ut confiteantur, et dic non. Primo non est obligatorium contra jura præstitum juramentum. His præmissis fidem non expedit observari. Secundo quia ista promissio est contra utilitatem publicam, secundum quam maleficia non debent esse impunita, et pacta contra publicam utilitatem, et juramenta desuper præstita non sunt observanda. Iste enim fuit bonus dolus.* A questa conchiusione singolarmente (la quale son persuasissimo, che l'autore citato la rechi sol come semplice, e fors' anche ironico relatore di dottrina altrui) altro non mancherebbe per avventura da aggiungere, che la bella scusa da' Milanesi addotta all Imperadore Federico Barbarossa, allorchè li riprese di mancamento di fede, se crediamo ad uno storico, il quale così la riferisce, *juravimus quidem, sed juramentum attendere non promisimus*.

In fatti non è questa una scuola aperta ai giudici ad operare da furbi, da ingannatori, da spergiuri, anziche da quelle gravi, e probe persone, che debbono essere?

Non son questi lacciuoli, e cabale vergognose, colle quali si deturpano, e si avviliscono que' tribunali, ove la fede, e l' integrità debbono sedere a canto della giustizia?

Ma, che più in questo argomento? Stimerei far torto a' sensati, e dotti uomini del nostro secolo col trattenermivi più a lungo, e col prendere a combattere con ragioni, anzi che detestare con disprezzo dottrine sì chiaramente contrarie al naturale buon senso.

Qualche volta si mantiene la parola data d'impunità ad un complice, perchè manifesti un altro

complice; anzi si fa sistema in qualche tribunale di ciò per eccitare i complici di delitti occulti, affinchè tradiscano i loro compagni. L' autore dei *delitti*, e *delle pene* ha egregiamente trattato questo punto con dimostrare gl' inconvenienti, che vogliono evitarsi in questi casi, ma egli suppone il caso dell' esistenza di un delitto grave, i di cui effetti sieno palesi, benchè occulti gli autori, nel quale può essere opportuno lo scoprirli, e punirli col mezzo dell' impunità promessa a un complice. Non ha potuto però immaginarsi il citato autore il caso di un giudice, il quale avesse fatto pubblico il suo sistema di rendere impuniti que' complici, i quali riferissero fatti occulti di menomi, e piccoli delitti, de' quali non interessa la società direttamente la punizione. Egli, che vive sotto un governo dolce, e felice, e guidato da stabili principj di giustizia, dove più si studia di prevenire, che di punire i delitti, dove il diritto di punire non è considerato per un ricco fondo di traffico, poteva non creder possibile un tal caso, e forse neppure imaginarselo.

§. XXX.

Del giuramento.

Le idee astratte del giusto, e dell' onesto non sono sempre bastevoli da sè sole a guidare, e ritenere in dovere la depravata natura umana, se da motivi più forti di religione espressamente applicati non vengano avvalorate; quindi è nato l' uso, e la necessità del giuramento nell' umano commercio, e singolarmente nelle procedure criminali a rendere il più, che sia possibile accertate le asserzioni, che v' intervengono; uso per altro, e necessità, che con-

tiene, o suppone, come ben dice Seneca, una confessione, o protesta vergognosa all' uman genere della frode, e nequizia in esso dominante; *turpes humano generi fraudes, et nequitiæ confessionem* (1). Conciosiachè, se in tutti gli uomini operasse con indeclinabile forza l' idea dell' onestà, cosicchè tutte le azioni de' medesimi non declinassero punto da esse e da' suoi dettami, che necessità vi sarebbe, o ne' contratti, o ne' tribunali di obbligare spesso le parti intervenienti, e i testimonj a chiamare garante de' loro detti il principio, e il fonte di ogni verità, che è Iddio? Ma, che vuol farsi? Il male è nato nell' uomo dal disordine pervertito delle sue passioni, e qual rimedio, e freno vuol adoperarvisi, che ne datta l' umana prudenza. Perciò rispetto ai testimonj singolarmente è universale oggi mai nei tribunali l' uso del giuramento stabilito dagli Ateniesi in prima, poscia da' Romani. Eppure abusano pur troppo di questo freno medesimo per sè efficacissimo, posto alla infedeltà, e malizia umana coloro, che il freno hanno scosso della religione, *atque ideo*, per parlare con Giovenale, *intrepidi quæcunque altaria tangunt* (2), a confermare non meno la bugia, che la verità. Tali sono i mentitori per abito, i quali con somma facilità passano dalla menzogna allo spergiuro, siccome notò Marco Tullio là dove disse (3), *qui mentiri solet, pejerare consuevit; quem ergo ut mentiatur inducere possum, ut pejeret, exorare facile potero. Nam qui semel a veritate deflexit, hic non majori religione ad perjurium, quam ad mendacium perduci consuevit.*

(1) *De benefic. lib. III cap. XV.*
(2) *Satyr. VIII ver. 86*
(3) *In orat. pro Quinto Roscio cap. 16*

Quis enim deprecatione deorum non conscientiæ Fide commovetur?

Providamente però dall' umana giustizia sono minacciati di gravi pene gli spergiuri, affinchè il timor di queste ritenga dal profanare il nome santo di Dio, chi dalla sola religione non è commosso abbastanza, non ostante il rescritto importunissimo dell' Imperatore Alessandro Severo: *juris jurandi contempta religio satis deum ultorem habet.* (4)

Possono i giudici ancora, e i fiscali abusare del giuramento nell' obbligare, che facciano, o i testimonj, o i rei a prestarlo. E primieramente, per quanto spetta ai testimonj, se il giudice per soverchio impegno di trovar reità, e punire i delitti, o per procacciare nuova esca alla sua avarizia andasse circonvenendo un uomo semplice, ed idiota con interrogatorj, ora equivoci, ora misteriosi, e ora anche suggestivi per trarlo nella rete di un' apparente contradizione, e violazione della fede con giuramento obbligata, non sarebbe questo un far servire con sacrilega profanazione il giuramento ad una indegna passione? Dio volesse, che quel tanto, ch' io mi figuro soltanto possibile ad avvenire, non avvenisse mai di fatto ne' tribunali! E' qui pertanto da ricordare a' giudici, non meno che a qualunque altro l' avviso di S. Agostino (5), che *juramentum non ob hoc fuisse institutum invenitur, ut esset vinculum iniquitatis*, e quell' altro di Orazio, che nella sua arte poetica dà egli, quantunque in tutt' altro proposito:

Nec Deus intersit, nisi dignus vindice nodus, Inciderit.

(4) *L. 2 cod. de rebus creditis.*
(5) *Cap. inter quaest. 22. reg. 4.*

Quanto a' rei è evidente il pericolo, a cui si espongono di tradire la religione col giuramento, che da essi si esiga di una sincera confessione. Ha ragionato sopra ciò egregiamente l'autore del libro *dei delitti, e delle pene*, e non mancano altri scrittori, che hanno declamato altamente contro questa pratica criminale. Io osservo l'avviso, che abbiamo nel testo (6), *ignoscendum est ei qui sanguinem suum qualiter redemptum voluit*, e dico così: dunque parlando almeno di delitto capitale, metteremo noi al punto di un tal nuovo gravissimo reato dinanzi a Dio un uomo, il quale merita compassione, e perdono dagli uomini, anzi che rimprovero, e castigo, e ciò senza una ragionevole, e fondata speranza di trarne il frutto preteso di una sincera confessione, come dimostrerò in appresso? Ho detto in prima: *di un gravissimo reato*, dinanzi a Dio supponendo la sentenza più comune tra' teologi, che anche nelle dette circostanze sia obbligato in coscienza il reo dal giuramento impostogli a manifestare il suo reato; ma sò pure essere questo stesso in controversia, e sostenersi la sentenza negativa da' teologi non oscuri seguitati da alcuni criminalisti medesimi (7); quando il reo non altronde, che dalla sua confessione possa esser convinto di un delitto capitale da lui commesso, e questa sentenza di fatto in mio senso è la più consentanea alla ragione. Conciosiachè la religione del giuramento non mi obbliga di confessare la verità, se non quando chi m' interroga ha diritto di pretendere da me la verità. Ora se chi m' interroga per cavare dalla mia bocca la propria confessione del mio reato, e di un tal reato,

(6) *L. 1. D. de bonis eorum qui ante sent. etc.*
(7) *Farinacc. in reg. Rom. juram. reis deferend. art. 4.*

che mi fa perdere la roba, la ripntazione, e la vita non ha altre ragioni, e argomenti, onde convincermi, che la sola mia confessione, egli non ha diritto alcuno di obbligarmi a tradire me stesso, ed a accusare me stesso, poichè, come prescindendo da straordinaria gravissima ragione, non può una legge umana obbligare con pericolo manifesto della vita, così non può farmi un uomo un tal precetto, per cui io sia obbligato a mettergli in mano, dirò così, l' arme unica, con cui egli possa, e debba mandarmi a morte. Dunque la religione del giuramento in questo caso non mi obbliga a dire la verità. Si dirà, che per l' addotta ragione può bene il reo rifiutare di dare il giuramento, che se gli chiede; ma dappoichè lo ha prestato, è obbligato a rispondere secondo la verità. Si risponde primieramente, che questo atto obbliga, quando è intieramente dipenduto dall' arbitrio di chi ha giurato, e non mai quando a prestare il giuramento viene taluno indotto con minaccie, con forza, e trovandosi in uno stato di violenza per parte di chi ad ogni conto il vuole. Un reo incatenato rinchiuso in orrida prigione, e oppresso dalle maggiori angoscie pel terribile stato, in cui si truova, vien condotto avanti un giudice, che con faccia bieca, e truce lo riceve *pro tribunali*, e bruscamente gl' intima, che presti il giuramento di dire la verità di ciò, di che sarà interrogato. In questo stato il reo tremante, pieno di spavento, e quasi fuor di sè stesso, frequentemente avviene, che senza replica, e senza sapere cosa si faccia, mette materialmente le dita sul libro, che dal giudice gli vien messo avanti a questo uopo; ma succede ancora, che il reo, o nega, o stà sospeso, o pretende di condizionatamente giurare, e allora si sente minacciare con voce severa, e spaventevole ora mag-

gior peso di catene, ora una carcere più profonda, e più macerativa, ora trattamenti severi, ora la fame, ora la sete, e qualche volta come pur troppo è avvenuto si vede minacciato ancora con coltelli sguainati alla vita, con pugni, con insulti, e percosse, se non giura, e se non fa a modo del giudice, che presiede. E questo giuramento così ingiustamente estorto può obbligare un reo in coscienza a confessare il reato, di cui è inquisito? Io non son teologo, ma col lume naturale sfido la teologia più probabilioristica, se lo può sostenere. In secondo luogo il reo, che ha giurato di dire la verità, non ha giurato di tradire se stesso. Può egli dire la verità in tutte quelle circostanze, nelle quali non vien aggravato, almeno di delitto capitale, e negar di rispondere in ciò, che direttamente risguarda la conservazione della sua vita. Nè varrebbe il dire a costui: tu hai giurato di dire la verità, senza eccezione, e riserva; dunque hai da confessare il delitto il quale è stato da te commesso, perchè potrebbe egli con ogni ragione rispondere: ho giurato di dire la verità, è vero, ma in ordine al diritto, che ha il giudice di obbligarmi; nè egli o per sè medesimo, o con la religione del giuramento può obbligarmi a tradire me stesso, ciò che farei confessando un delitto capitale, che altronde non mi si può pruovare, nè qui vi entra alcun sospetto di restrizione puramente mentale, avvegnachè il reo desumerebbe la sua risposta dalla natura intrinseca dell' atto medesimo, e non da alcuna opera particolare della sua mente nell' atto del giuramento.

Ma lasciamo ora mai questa teologica questione, in cui io non doveva veramente entrare, non essendo mia messe, e si abbracci pure quale più piaccia delle due da me qui avanti riferite opinioni

de' teologi, che supposta qualunque delle due, l' esigere il detto giuramento, non può assolutamente approvarsi. Imperocchè, se da esso non è obbligato il reo, e sa di non essere obbligato, il mezzo, che prendesi per venire in cognizione del fatto, è inutile al fine, e solo può essere un laccio alla ignoranza, che quegli abbia del suo diritto, per trarlo iniquamente in rovina. Che se si vuole obbligato in coscienza dal giuramento impostogli, ecco il pericolo gravissimo, se non anche una morale certezza di riportarne in vece della verità uno spergiuro. E in vero un atto eroico ci vorrebbe di quelli, de' quali un solo può bastare a formare subito di gittu un santo per fare, che un uomo a costo della propria vita mantenga la fede data coll' interposizione del nome di Dio. Ma come sperar ciò da uomini incalliti per lungo abito ne' vizj, e supposti rei di delitti, o di delitto, che meriti morte? Chi è stato capace di calpestare la religione, e i dettami della natura, quando nol costringeva il timore di pericolo imminente, o necessità di salvare sè stesso, crederem noi, che sia per rispettare legami sì sagrosanti, allorchè si tratti di evidente, e prossimo rischio della sua vita, dal quale sperar può di mettersi al coperto con un breve moto di lingua mentitrice, e spergiura? Pur troppo facilmente dice S. Agostino, *ream linguam facit rea mens*. Questo è adunque il frutto dell' esigere da un reo con giuramento la confessione del suo delitto, indurre quello a una enorme offesa di Dio, e farsi partecipe, e reo di essa il giudice medesimo, il quale non può ignorare l' occasione, che gliene dà senza fondamento probabile di ritrarne altro vantaggio ad una retta amministrazione della giustizia. Non è mia questa conclusione, ma di S. Agostino il quale dice: *ille, qui hominem ad ju-*

randum provocat, et scit falsum eum esse juratu-rum, vincit homicidam, quia homicida corpus occidit, ille animam ..... Scis verum esse quod dicis, et falsum, quod ille dicit, et jurare compellis? Ecce jurat, ecce pejerat, ecce perit. Tu quid invenisti? Immo et tu peristi, qui de illius morte te satiare voluisti.

Per queste, ed altre ragioni son pur venuti alcuni in parere, che debba togliersi l'uso di far prestare il giuramento dal reo, il cui apposto delitto importa pena di sangue, o afflittiva almeno del corpo, ma che dove trattisi di semplice pena pecuniaria, un tale istituto non sia inopportuno, e da condannarsi. Ai quali accorderei io di buon grado il loro divisamento, se il timore della vita, e delle pene afflittive del corpo fosse quel solo, che potesse far prevaricare un uomo, e indurlo a commettere uno spergiuro. Ma è egli forse, se la teoria della vita civile ci facciamo a esaminare, l'interesse una passione comunemente sì facile a superarsi, e minore in molti di quella, che porta l'uomo alla salvezza della propria vita, e a scansare i dolori del proprio corpo? Osserviamo pure in quante maniere da uomini guasti, e perversi si calpesti la religione, e i suoi dettami per un vil guadagno. Possiam dunque figurarci, che allorachè trattasi di far loro confessare un delitto, il quale gl'impoverisca, essi debbano essere migliori, avere maggior rispetto alla religione, ed essere d'una coscienza più schietta?

Non nego io già, che meno difficilmente di quel che nel caso di pena di sangue si troverà taluno, che abbia orrore a giurare il falso, ove sol di pena pecuniaria si tratti dovuta al suo delitto. Ma questo non basta, per mio avviso, a giustificare l'uso di esigere il giuramento dal reo anche in questi minori

delitti. Come le leggi, così le pratiche legali debbono regolarsi su ciò che avviene più frequentemente, e d'ordinario, non su ciò, che può talvolta avvenire giusta il detto di Pomponio, *ad ea potius debet aptari jus, quæ, et frequenter, et facile quam quæ perraro eveniunt*. E questo riguardo vuol aversi singolarmente a non istabilire una pratica, che ordinariamente, oltre il riuscire inutile al fine, sia occasione di peccato, perchè essa qualche volta riesce utile, e salutare. Ora chi non sa quanto sia più frequente fra gli uomini la malizia, che la probità, e sopra tutto il lasciarsi portare a nuovi, e sempre maggiori eccessi chi una volta ha dato libero il freno a qualche sua malnata passione, quale forza è che sia chi di pena anche sol pecuniaria si è fatto reo con delitto da se commesso. Ben cred' io troverebbe testimonj autentici di tai dolosi, e falsi giuramenti, chi si facesse a riandare i registri, e le memorie antiche dei tribunali. Conobbe molto bene questa verità Platone fino da' suoi tempi, poichè volle proscritto l'uso del giuramento in ogni causa civile, e criminale nella sua repubblica. E forse, ch' è egli migliorato, poichè più illuminato il mondo a' nostri dì? Non si avverà anzi quel di Orazio:

Ætas parentum pejor avis tulit
Nos nequiores mox daturos
Progeniem vitiosiorem?

§. XXXI.

Se per li soli indizj si possa procedere alla pena ordinaria contro il reo di furto.

Nihil magis prœstandum est, diceva Seneca (1), *quam ne pecorum ritu sequamur antecedentium gregem, pergentes, non qua eundum est, sed qua itur*. Se mai in alcun altra parte delle umane istituzioni, in quella singolarmente della criminale giurisprudenza deve aver luogo questo saggio avviso. La maggior parte de' criminalisti nostri hanno stabilito, che su la forza sola degli argomenti, presunzioni, ed indizj per quanto questi concludere, e pervenire possano a quel grado di morale certezza, di cui è suscettibile la mente umana, proceder non si possa alla pena ordinaria. Se la sola autorità pertanto appoggiata al maggior numero prevalesse in me alla ragione, io dovrei senz' altro esame seguire la corrente, che inonderà nella presente quistione, ma *cum sapere*, come bene avverte il grande Lattanzio (2), *idest veritatem quærere omnibus sit innatum, sapientiam sibi adimunt, qui sine ullo judicio inventa majorum probant, et ab iis pecudum more ducuntur, sed hoc ea fallit quod majorum nomine posito non putant fieri posse, ut aut ipsi plus sapiant, quia minores vocantur, aut illi desipuerint, quia majores nominatur*. Il pensare col minor numero per lo più vuol dire, che si pensa con quei pochi, che pensano bene. Il genio, e lo spirito filosofico, il primo dono della natura, e il

(1) *De vita beata in princip.*
(2) *Instit. divin. lib. 2 cap. VIII*

secondo frutto dell' arte, e del travaglio, non furono mai troppo comuni, e famigliari al maggior numero degli uomini; quindi non mi si recherà a temenità, se io troppo sovente mi scosto dall' autorità, ove la trovo poco fondata, di que' tanti scrittori, che ci lasciarono in grossi volumi legati a gran cuojo un infelice rettaggio delle dottrine, e opinioni poco ben fondate, che allora correvano come moneta genuina, e d' indubitabil valore.

Io adunque dico costantemente potersi su la sola forza degl' indizj degli argomenti, e presunzioni procedere alla pena ordinaria dovuta alla natura del delitto, intendo però di quegli argomenti, presunzioni, e indizj, che ad uo giudice di probità, religione, e discernimento ben fornito pajono toccare quella meta di morale certezza, di cui la natura umana è capace. Veggo, che mi oppongo ad un torrente di autori, e alla prevenzione, che si ha per le opinioni da essi tramandateci. Ma avrò io, torno a dire, a posporre la ragione, che così mi detta, all' autorità di uomini, che certamente non potevano essere infallibili? Non ho giurato, nè voglio giurare nelle parole di chicchesia, quando il lume naturale, e una retta filosofia non mi vi conduca e persuada; nè stimerò, o addotterò mai, quasi seguendo il principio de' discepoli di Pitagora, la dottrina perchè insegnata dal tal autore, ma stimerò l' autore, e seguirollo per aver insegnato la tal dottrina al retto giudizio conforme; ed il sistema di chi si fa forte più in ragioni, che in citazioni, sarà sempre il più giusto, e il più degno di un essere pensante, e d' intelletto dotato.

Ecco però le mie ragioni rapporto al presente argomento. E sia la prima un testo puntuale della legge, che a mio credere è troppo chiaro sul mio

proposito. *Sciant cuncti accusatores* rescrissero, Graziano, Valente, e Teodosio a Floro prefetto del pretorio, *eam se rem deferre in pubblicam notionem debere, quæ munita sit idoneis testibus, vel* (notisi l'alternativa particella) *instructa apertissimis documentis, vel* (proseguasi a riflettere alla forza della alternativa) *indiciis ad probationem indubitatis, et luce clarioribus expedita* (3). Questa legge distingue tre classi di pruove, che abbiano la medesima forza, avvegnachè questi Imperatori niuna differenza fanno tra queste tre classi per dinotare, quando è che l'accusa sia più o meno provata, cosicchè tanto vaglia l'accusa sostenuta dalla forza di più testimonj idonei, e di documenti autentici, manifesti, e solenni, quanto avvalorata dai soli indizj, argomenti, e presunzioni indubitate, e chiarissime; e noi sappiamo, che presso i Romani i rei venivano condannati an le prove, che adduceva l'accusatore de' delitti, de' quali quelli venivano convenuti. Gli antidetti Imperatori vollero adunque prescrivere, quali caratteri dovesse avere l'accusa, onde poter su quella procedere alla condanna dell' accusato.

Egli è chiaro sempre più da un altro testo, che i Romani procedevano a condannare all' ordinaria pena un reo per un' accusa fondata sopra soli argomenti, indizj, e presunzioni. Questo testo dice, che uno, il quale fosse stato convinto da argomenti *argumentis convictus*, di avere commessi furti, omicidj, violenze, ed altri delitti, aver non possa diritto di appellare (4). Ora io così la discorro: questo testo vuole, che non possa appellare chi fu convinto da giusti argomenti di qualche delitto, appellare non

(3) *L. 1. cod. de probat.*
(4) *L. 2. Codic. quarum apell. non recip.*

si può, che da una formale sentenza: dunque uno convinto da soli argomenti veniva da' giudici Romani sentenziato. Il raziocinio è convincente, nè patisce eccezione. Quindi ottimamente Dionigi Gotofredo notò al chiaro testo, che erano presso i Romani *convincendorum reorum tres modi, argumenta, testes, confessio*, ne segua per tanto, che queste tre maniere poste in una medesima categoria hanno la medesima forza, come apertamente lo vuole un altro testo (5): *Indicia certa, quæ jure non respuuntur, non minorem probationem quam instrumenta continent fidem*, con quell' altro che dice: *judex de veritate cognoscet, quæ etiam argumentis liquidis investigari potest* (6). Oltre tanti altri testi, che a questo proposito si potrebbero allegare, che si riscontrano facilmente nel corpo delle leggi Romane.

Scorrendo il diritto canonico ritrovo, che il delitto di simonìa provato per chiari segni. cioè indizj, *ut ejus signa per aliquam personam claruerint* (7), debba essere punito. Vuole inoltre il diritto canonico, che gli assassini sieno scomunicati, privati di tutti i loro beni, e con tutto quello, che un canone può imporre, *postquam*, dice il testo, (8) *probabilibus constiterit argumentis aliquem scelus tam execrabile commisisse*. Degli Ebrei lasciò scritto l' autorevole Filone, che l' omicidio, peccato esecrando fra quella gente, veniva giudicato per congetture, e indizj alla pena ordinaria capitale (9).

Gl' indizj voglion esser tali, è vero, onde nasca

(5) *L. 19. Cod. de rei vindicat.*
(6) *L. 2. Cod. de in litem jurando.*
(7) *Cap. 6. in 6.*
(8) *Cap. pro hum. De homicid. in 6.*
(9) *Phil. lib. De speciali legibus.*

una morale certezza, come ho detto; ma non è già che questa non possa risultare da un tal complesso d' indizj, e argomenti insieme raccozzati, ciaschedun de' quali di per sè non basterebbe a produrla. Veggasi a questo proposito un testo bellissimo di Quintiliano, *firmissimus argumentorum*, così egli scrive (10). *singulis istandum firmiora congreganda sunt, quia illa per se fortia non oportet circumstantibus obscurare, ut qualia sunt appareant. hæc imbecilla natura mutuo auxilio sustinentur, itaque si non possunt valere, quia magno non sunt, valebunt, quia multa sunt, quæ ad ejusdem rei probationem omnia spectant, ut si quis hæreditatis gratia hominem occidisse dicatur: hæreditatem sperabas et magnam hæreditatem, et pauper eras, et tum maxime a creditoribus appellabaris, et offenderas eum, cujus hæres eras, et mutaturum tabulas sciebas. Singula levia sunt et communia, universa vero nocent, etiamsi non ut fulmine, tamen ut grandinee.* Aggiungo tra passi di Cicerone, onde viepiù mostrare a questo riguardo la pratica del foro Romano, pratica tanto più autorevole, quanto era promossa dagli editti de' pretori, che non spiravano che la naturale equità (11). Il primo passo adunque è tratto da' suoi Topici, *verisimilia autem partim singula movent suo pondere, partim etiamsi videntur esse exigna per se, multum tamen cum sunt coacervata, proficiunt*, il qual passo è illustrato dallo stesso Cicerone in altro luogo (12) *ejusdem generis*, dic'egli, *est illa frequentatio, quæ plurimum conjecturalibus causis opitulatur, cum suspiciones, quæ separatim dictæ, minutæ et infirmæ erant, unam in*

(10) *Lib. V. instit. orator Cap. XII*
(11) *L. 1. in princip. D. de constit. pecun.*
(12) *Rhet. ad Herenn. IV.*

locum coactæ rem videntur perspicuam facere non suspiciosam. Nam unum aliquid aut alterum potest in reum casu cecidisse suspicione, ut omnia inter se a primo ad postremum conveniant, maleficia necesse est casu non posse fieri. Il terzo passo di Cicerone fatto a nostro proposito è questo (13): *si et ferro interfectus ille, et tu inimicus ejus cum gladio cruento comprehensus es in illo ipso loco, et nemo præter te ibi visus est, et causa nemini, et tu semper audax, quid est, quod de facinore dubitare possimus?*

Si suole objettare il testo della legge (14) che dice, *nec suspicionibus aliquem damnari oportet; satius quippe est impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari*. Ma altro è un semplice sospetto, altro è un' argomento, un' indizio, ed una presunzione chiara, a liquida, che come conseguenza necessaria discende dallo stabilito antecedente. Allorchè Clodio fu ritrovato travestito da donna nella casa di Cesare in occasione de' sacrificj, che si facevano alla Dea bona nella medesima stanza con Pompea con atti sconcj, e affatto prossimi a quello dall' adulterio, aggiungasi inoltre la circostanza antecedente dello scambievole amore, e corrispondenza segreta, che passava fra essi, delle lettere amorose, con cui Clodio invitava Pompea a un segreto congresso, e della connivenza di questa ad ammettere in casa il mascherato Clodio in tempo, che non era permesso dalle leggi a uomo alcuno l' entrarvi, trattandosi d' un atto della superstiziosa religione di que' tempi, ch' escludeva ogni maschio dall' intervenirvi; l' adulterio di Pompea e di Clodio

(13) *De orator. XI*
(14) *L. 5 D. de pœnis*.

non era forse bastevolmente dagli argomenti e dagl indizj, e presunzioni provato? Chicchessia, che giudice avesse dovuto essere in questi, o in somigliante causa, potrebbe egli ragionevolmente esitare dal procedere alla pena ordinaria? Tutti gli argomenti, che aggravavano Pompea, e Clodio, erano forse soli sospetti? Si dirà, che la storia non asserisce perciò condannato Clodio, e Pompea per adulteri da quel gravissimo, e integerrimo senato; è vero; ma la storia dice insieme, che il senato n'era persuaso, e che la maggior parte de' senatori gli avrebbe condannati come adulteri, ma che la prepotenza di Clodio per una parte, e per l'altra l'indifferenza di Cesare a questo riguardo *adumbrando patientiam*, per usare la frase di Ulpiano (15) *pretextu incredulitatis*, hanno fatto sì che il senato non procedesse alla sentenza condannatoria. Ecco di fatto come parla Cicerone di Clodio nella celebre, ed eloquentissima sua orazione, *pro Milone*, dice egli, *cujus nefarium adulterium in pulvinaribus sanctissimis, nobilissimæ fœminæ comprœhenderunt eum, cujus supplicio senatus solemnes religiones expiandas censuit*. Svela poi egli stesso, non molto dopo le citate parole, il mistero del non avere il senato dato effetto al suo decreto, dicendo, *polluerat stupro sanctissimas religiones, senatus gravissima decreta perfregerat, pecunia se palam a judicibus redemerat*; come in fatti le arti, e le maniere, colle quali Clodio corruppe i suoi giudici, e seppe scansare la pena dovuta al suo delitto, ci sono diffusamente narrate da Seneca (16).

Non erano per anco state spacciate in quei

(15) *L. 29. D. ad leg. julian de adulter. in princip.*
(16) *Epist. 97.*

tempi certe singolari dottrine, che i nostri criminalisti c' insegnano. Non s' insegnava allora, che una donna, ed un uomo non congiunti in matrimonio fra essi ritrovati in una sola stanza rinchiusi, e giacere svestiti in un medesimo letto, non si potessero dire ancora convinti di copula carnale illecita fra essi commessa, e che questo non sia un indizio, e argomento sufficiente, onde condannarli alla meritata pena. Questa sì singolare dottrina era riserbata all' acume più segnalato della mente de' nostri criminalisti, i quali mentre nel delitto di adulterio si mostrano cotanto indifferenti fino a sorpassare le più palpabili dimostrazioni, e prove del medesimo, come semplici, e inconcludenti indizj, le presunzioni, vogliono, che nel delitto di furto uno possa imputarsi di aver robbata tutta la suppellettile di una stanza per aver confessato d' averne robbata una sola piccola parte. Del delitto di furto quella presunzione, che negli altri delitti è leggiera, là si vuol far valere come un argomento palpabile.

Per tornare al mio proposito, questi esempj, che io ho tratti da Quintiliano, e da Marco Tullio, possono dare ad un giudice idea, e norma di quegli indizj, argomenti, e presunzioni, onde nasce la morale certezza da me richiesta a procedere alla sentenza di pena ordinaria. Non fondano già essi un semplice sospetto, in virtù del quale, quando anche sia molto grave, è verissimo, che *non oportet quemquam damnari*, nè solo una probabile, o anche una probabiliora esistenza del delitto, che nè l' una, nè l' altra può mai bastara all' intento, e troppo fuor di luogo sarebbe l' introdurre quì la tanto celebre, quanto inutile, e piena di fanatismo quistione del probabilismo, la quale ha suscitata una guerra teolo-

gica, che ancora tiene in movimento, e moto persone per sapere, e pietà rispettabili, che hanno pur anche dimenticata troppo sovente la mansuetudine evangelica. *Tantum ne animis cœlestibus iræ?* Gl'indizj, argomenti, e presunzioni adunque necessarie, e sufficienti all' uopo, di cui parliamo, debbon essere o antecedenti tali, che seco traggan come chiara conseguenza il delitto; o tali conseguenze, che altronde derivare non possano, moralmente parlando, che dal fatto criminoso, come da naturale, e preciso loro antecedente.

Noi abbiamo in Barnaba Brissonio (quell'eccellente uomo, di cui la repubblica letteraria, e la giurisprudenza compiangerà mai sempre il fatale destino) che i Romani spesso con un *non amplius*, o con un *non liquet*, rimandavano le parti, cioè l' accusatore a dare migliori prove, e il reo ad addurre migliori argomenti di difesa, poichè gli addotti nel processo non si riputavano concludenti nè per l' una, nè per l' altra parte. Tal sospensione seguiva nel caso di mancanza di dette prove, o giustificazioni, e non in altro. Dal che due conseguenze io traggo; prima: dunque si accontentavano eglino di soli argomenti, indizj, e presunzioni dimostrative per procedere alla pena ordinaria; seconda conseguenza, dunque in caso di prova non chiara, e piena del delitto non credevano di poter passare a una sentenza straordinaria *pro modo probationum*, come opinano li nostri criminalisti, e come si pratica spesso ne' nostri tribunali. Più spesso nel sistema criminale d' oggidì in si fatti casi si procede alla tortura, affinchè l' infelice reo torturato supplisca al difetto delle prove del fisco contro di lui, che se poi anche alla tortura sa egli resistere, si procede non pertanto a qualche pena straordinaria. Bella in-

venzione, bel sistema! Il fisco, che è l'accusatore asserisce, che quel tale ha commesso il tal delitto, questi nega. A chi tocca provare? *Ei incumbit probatio*, dice la legge con Giulio Paolo, e vuol la ragione, *qui dicit, non qui negat* (17). Dunque toccherà al fisco come accusatore il provare il delitto; quindi viene in acconcio un dilemma: o il fisco, o l'accusatore hanno provato il delitto con argomenti, e presunzioni palpabili, e chiare, o nò: se è provato, qual difficoltà deve tenere il giudice dal procedere alla sentenza, dannando il reo alla pena dovuta al suo delitto, senza sottoporlo prima ad un'antecedente pena di formalità, qual è la tortura, che spesso è maggiore della pena medesima, con cui deve essere egli punito definitivamente! *cum non possit non absurdum videri*, come ben riflette il Voezio (18), *inquisitionem in crimen severiorem esse, magisque corpus affligere accusati, quam ipsa læderet pæna delicto proposita*. Se non è stato provato il delitto, o devesi assolvere il reo, o sospendere la procedura criminale, finchè o l'attore non abbia meglio dilucidati li suoi argomenti, o il reo non abbia meglio espunti, ed elisi gli argomenti addotti dal fisco, o dall'accusatore. Questa economia di processo parmi la più conforme alla ragione naturale, e così di fatto si procedeva presso i Romani. Ma nò: nel presente adottato sistema bastano alcuni indizj, in pratica Dio sà quali, per obbligare il reo, o a difendersi, e subire perciò la purgazione volgare della tortura, o a somministrare ragione, e diritto al giudice di condannarlo con accusare sè stesso, e con

(17) *L. 2 D. de probat.*
(18) *Comment. ad pandec. tit. de quæst. n. 2. cui adde l. 8 D.*

supplire egli nella qualità di reo ai difetti dell'attora medesimo. *Oh demens ita servus homo!*

Ma se mai vi ha delitto, in cui la confessione del reo possa essere necessaria, e non afflue di provare il fatto già con evidenti argomenti, e presunzioni dimostrative provato, ma per rilevare forse altre circostanze interessanti il ben pubblico sul riflesso di prevenire altri disordini, il delitto di furto non può certamente essere tale. Se un ladro è convinto, perchè dovremo tormentarlo per estorcere dalla sua bocca una prova inutile, e superflua? In una causa civile il giudice ha egli difficoltà di condannare un debitore a soddisfare il suo creditore, quand'anche negasse egli, o non confessasse il suo debito? basta, che il creditore provi il suo credito concludentemente con argomenti, e presunzioni chiare, ed evidenti, perchè il giudice proceder possa alla sua sentenza contro il debitore. Il delitto di furto non è già più, come abbiamo qui avanti in più luoghi provato, che un debito di un privato verso un altro privato. Ora, perchè vorremo necessaria la confessione propria d'un reo per un furto di già provato, se non forse per conservare come formalità necessaria in ogni criminale processo l'uso della tortura, e dei tormenti?

Così discorreva io una volta per sottrarre un infelice, che veramente da chiari argomenti, e da evidenti presunzioni, e indizj convinto di alcuni semplici furti commessi, volevasi non pertanto sottoporre alla tortura per obbligarlo a confessarli colla sua propria bocca. L'orrore della tortura di cui era minacciato quell'infelice, e che nella forza de' suoi tormenti eccedeva la pena, ch'egli meritava nè commesse, e m'ingegnai di fargli subire la sola infamia della berlina, senza che di più dovesse avere slogate

le braccia, e sconnessi gli omeri, e così dovesse essere inabilitato a guadagnarsi il pane colla sua fatica.

§. XXXII.

Della maniera di agitare le cause criminali.

Prima di procedere più oltre, parmi non inopportuno l' accennare alcuna cosa ancora su la maniera di agitare le cause criminali per contrapporla al metodo odierno, che pur si vorebbe sostenere con ispeciose ragioni da qualche valentuomo. Un celeberrimo scrittore, avendo alcuna volte voluto uscire da'limiti storico, e di erudito nelle polverose antichità, nel che era di fatto eccellente, e superiore ad ogni elogio, ha avanzato anch' egli in alcune sue opere stravaganti pensamenti (1). Tale è quello, con cui vorrebbe anteposto il presente rozzo metodo nel trattar le cause a quell' esimio degli antichi Greci, e Latini. E che! Vorrebb' egli adunque per sempre proscritta l' antica eloquenza per conservare ne' nostri tribunali la barbarie dello stile scolastico, secco, e pieno di tedio, e quel modo di latinizzare Longobardo, che non ha nè del Latino, nè dell' Italiano! quella maniera di produrre consultazioni, e allegazioni piene di citazioni di libri, e autori non letti, e fors' anco ignoti affatto su la fede di qualch' altro, che li riferisce, e di arzigogoli, e di parole farraginose, di concetti dozzinali mendicati qua e là da qualche antico baccalare,

(1) *Lodovico Antonio Muratori* Difetti della giurisprudenza cap *XVIII*, *Tale è la critica, che dai più si dà a questo per altro esimio, ed eruditissimo scrittore, onore, e decoro dell' Italia.*

e atte più ad annojare, e far sbadigliare il giudice nel leggerle, se pure si degna di scorrerle di fretta, che a guadagnarne l'animo?

Questo è quasi un togliere alla giurisprudenza l' uso dell' arte di ben pensare, il quale appena può aver luogo in consulti raccozzati assai più con citazioni di detti, e sentenze altrui, che appoggiati ad argomenti tratti da un buon raziocinio. Questo inoltre è un abbandonare il codice della natura, fonte, e origine di ogni giusto dettame, e legislazione per tener dietro a' rigagnoli incerti pur troppo molte volte, e non sinceri, e subordinare in somma una retta dialettica all' autorità di chi forse non ha altro fondamento, onde imporre, che quello specioso di essere autore di gravi, e pesanti volumi, peso frequentemente inutile alle legali biblioteche.

So, che il celebre Gravina ornamento, e splendore dell' Italiana giurisprudenza nell' orazione sua della giusta maniera di disputare nelle materie legali, abborrisce la dialettica, e la chiama misero tormento dagli ingegni giovanili, congerie di vocaboli, e di formole, inventata ad empire la mente di sofismi, e vanità, e a rendere con infinite astrazioni affannoso, ed arido lo spirito di coloro, che la coltivano. Ma egli il valente uomo intendeva di quella guasta deforme, e mentita dialettica, che puzzava del rancido, e vieto Peripato corrotto dalla barbarica Araba dottrina; di quella dialettica finalmente, che attribuiva corpo all' ombra, sostanza, e significato a voci vane, e frivole, contorno, e apparenza al nulla; che nodriva con grida implacabili, e con infinite dispute le più aride, e le più inutili quistioni, che per avventura si potessero immaginare, la qual dialettica dominò per lungo tempo ancha

nella illuminata Italia, idolo, e cui si dedicevano i più felici, e perspicaci ingegni, senza avvedersi fatalmente del loro inganno, affascinati da non so qual pregiudizio inveterato di prevenzione.

Cicerone quell' eloquente avvocato del foro Romano, quell' incomparabile oratore, le cui arringhe sono un perfetto modello della eloquenza forense non degna nel suo dialogo intitolato, *il Bruto* del titolo rispettabile di oratore, e di giureconsulto, chi fosse ignaro di quest' arte, e nel suo trattato dell'oratore troppo chiaramente ne dimostra l' importanza, e la necessità. A Cicerone aggiungasi l'immortale Demostene, la gloria della sua età, l' ammirazione della più culta nazione, che allora avesse il mondo, cioè de' Greci, questi in tutte le sue orazioni, colle quali trattava in Atene avanti que' magistrati, o cause civili, o criminali, o anche politiche materie, fa brillare tutto il vago, e tutta la forza di una soda dialettica, sostenuta meravigliosamente dalla sua virile eloquenza. Nè perchè la dialettica fra le mani, dirò così, di un intelletto malfatto, o di una volontà maliziosa possa degenerare in sofisticheria, perde essa punto del suo pregio, o si dee perciò come perniciosa proscrivere dal foro. Imperocchè qual è mai scienza, o arte più utile, e nobile, che soggetta non sia all' abuso, o dell' ignoranza, o della malizia de' suoi medesimi professori? Perchè un architetto malamente usa le regole della proporzione, sarà essa l' architettura non scienza, o arte vana, e inutile? Perchè un pittore *humano capiti cervicem imponit equinam*, sarà essa la pittura un' arte mostruosa, ed orrida? Perchè un medico non sà applicare rimedj a proposito, o abusa de' principj della sua professione sarà questa sempre ingannevole, fallace, e menzognera?

Se sempre conservato si fosse l' eccellente metodo di far parlare avanti i tribunali, e perorare la ragione naturale coltivata collo studio della civile giurisprudenza, e con la scorta di questa si fossero gli avvocati nelle loro arringhe acciuti alla interpretazione, e all' applicazione delle leggi al caso, anzi che obbligarli alla nojosa, ed improba fatica di riferire dottrine, e autorità di dottori, quasi che a fronte del *Caballo*, del *Carpzovio*, e di tanti altri di tal fatta, la natura debba ammutolire, e quasi arrossire di star loro in competenza, due vantaggi si godrebbero. Il primo, e il principale si è, che prevaluto non avrebbero certe opinioni, e sentenze singolarmente nella giurisprudenza criminale assolutamente distruttive, ed opposte alla natural ragione, e autorizzate soltanto dal tempo, e dalla prevenzione segnatamente rispetto alla pena di morte imposta al delitto di furto. Il secondo è quello, che le dotte fatiche degli avvocati sarebbero in migliore riputazione nella repubblica letteraria, e presso gli uomini di giusto senso. Chi non gode, e chi non legge con piacere pubblicate col benefizio delle stampe le dotte, ed eloquenti arringhe di tanti valenti avvocati del foro Veneto, ove un cotal metodo appresso dai Greci, e dai Romani si mantiene tutta via in fiore? Fra i forestieri dotti, ed eruditi, che annualmente concorrono a Venezia, e fra i cittadini medesimi, chi v' ha, che con somma compiacenza non accorra ad udire un Cordellina, che meritò il rispettabile titolo di *Cicerone Veneto*, e tanti altri esimj, ed eloquentissimi avvocati, de' quali abbonda quella illustre metropoli, e i quali si possono parimente dire tanti Tullj dai rostri? Pel contrario qual rabbia, e qual dispetto non reca la necessità di scorrere quei zibaldoni, che si producono da non pochi in iscritto

acervi d'ogni eloquenza, e d'ogni arte di ben pensare, che dopo aver annojato il giudice, e chi era in debito di scorrerli, passano nelle mani dei rivenditori, e pizzicagnoli? Se il metodo de' Greci, e de' Romani nel trattar le cause criminali si fosse mantenuto, l'eloquenza degli avvocati avrebbe scossa certamente l'umanità de' giudici a non mettere in esecuzione la pena di morte contro i ladri semplici, e la legislazione a questo riguardo si sarebbe riformata. Pretende, è vero, qualche marcio forense prammatico, che questo trattare le cause con forza di eloquenza sia un tendere lacciuoli alla giustizia, e al giudice; ma s'inganna a partito; che anzi è un mettere il giudice al fatto di meglio rilevare la ragione, e la giustizia, con far parlare in lui la natural ragione scossa da' principj allegati, e dedotti. La struttura d'un sillogismo ben combinato e disteso, la forza degli entimemi ben dedotti, la violenza dei dilemmi ben vibrati operano più su l'animo d'un giudice, che tutte le opinioni, e sentenze in fascio allegate di tutti que' tanti scrittori, quanto si voglia celebri, che formano l'immensa biblioteca legale, de' quali ci dà il lungo catalogo de' nomi lo *Struvio*, e una non superficiale contezza dell'opere. Dov'è, che si possano meglio esporre le difese di un reo con quelle figure, e in quelli aspetti, che diminuiscano l'atrocità, e la gravezza del delitto? Dov'è, che meglio eccitar possa un avvocato gli affetti d'un giudice sul riflesso delle circostanze, che accompagnarono il delitto, onde alleggerire al reo la pena? Dov'è, che meglio l'umanità possa esercitare i suoi diritti su l'animo del giudice stesso a fronte di una legge, o troppo severa, o crudele, o mal intesa, e mal applicata? Non poteva Cecina trovare miglior avvocato per la sua causa, che

un Cicerone. Trattavasi di ben intendere l' interdetto, *unde vi*, con spiegare alcune cose intricate, e ben definirle, togliere il dubbio di alcune parole, e ben distinguerle. Ciò ottenne Cecinna dalla eloquenza, e dalla eccellente dialettica del difensore. Milone ancora non avrebbe subito l' esiglio, se Cicerone recitata avesse l' orazione, che aveva preparata, modello dell' eloquenza più forte, e delle perfette arringhe, e se a quella sgomentato dalle armate milizie surrogata non avesse un' altra orazione più debole.

Per mettere in più estesa veduta il vantaggio, e il pregio del metodo Greco, e Latino nel trattar le cause forensi, si richiederebbe un trattato più diffuso, e a questo riguardo speciale, che riserbo a miglior ozio, e qualch' altra opportunità di tempo; frattanto bastami d' aver dato un piccolo saggio su questo argomento.

§. XXXIII.

De' tormenti.

Presso gli antichi Egizj, se crediamo a Diodoro Siciliano (1), i medici non erano responsabili della morte degl' infermi, ancorchè comparissero da loro uccisi, quando provato avessero di aver seguita fedelmente la norma, e il metodo prescritto da non so quale presso di essi venerato, e sacro libro de' medj. Così parmi, che avvenga de' giudici criminali rapporto a que' tanti, che co' tormenti hanno ingiustamente uccisi, o almeno gravemente maltrattati,

(1) *Diodor. Sicul. biblioth. lib.* 1.

dei quali non si fanno carico, perchè seguita hanno la pratica stabilita dalla pubblica autorità, e dalla dottrina degli scrittori, che loro sono prescritti per guida e norma. Se mai non pertanto in alcun' altra parte del suo officio, in quella singolarmente di dover essere costretto a stare spettatore di uno, che per suo decreto e comando si tormenta, parmi, che il giudice debba sentire con molta pena tutto il peso del suo impiego. Che spettacolo di fatto più compassionevole, più doloroso, e più tormentoso a un cuor umano di quello del dover fissare con attenzione lo sguardo in un infelice seminudo, pendente da una fune, contorto a violenza nelle braccia, spesimante fra sensibilissime pene, incadaverito nel volto, anelante, grondante sudore, e che in un' agonia dolorosissima implora con lagrime e ululati pietà, misericordia, soccorso, e ajuto dal cielo, e dalla terra, se non anche dal diavolo! *Et tu quid meruisti miser ut hoc spectes?* Direi qui ad un giudice costretto ad assistere ad un tale spettacolo colle perole di Seneca (2) allorchè compassionava que' curiosi, che concorrevano nell' arena del Romano anfiteatro, ove faceansi ad oggetto di divertire il popolo, perire i rei capitali ora sotto le ugne delle fiere, ora ne' combattimenti gladiatorj, e ora in uno, e ora in altro modo. Egli è pure per un giudice, che non abbia perduti i sensi di umanità, un gran tormento il vedersi costretto da un dovere creduto indispensabile a superare il contrasto, che fa la natura, e la continua contraddizione, in cui è la sensibilità umana coll'ufficio, che dee esercitare. Mi fu risposto una volta da certuno, che si vanta per questa parte di una freddissima indifferenza, e insensibilità, che

(2) *Epist. 7. ad Lucil.*

con l' uso, e l' assuefazione si supera la natura. Questo è pur troppo vero nelle persone, nelle quali non opera la natura, che per solo macchinale istinto, effetto delle impulsioni de' sensi; ma in quelle persone, le azioni delle quali sono prevenute, e accompagnate dalla riflessione, non havvi nè uso, nè assuefazione, ch estinguer possa i sensi di umanità, e i rimproveri della natura in vista di spettacoli sì atroci.

Fra i tanti scrittori, che hanno eccellentemente trattato dell' uso de' tormenti, troppi sono quelli, che il vorrebbero proscrivere, e troppi sono quelli, che l' estendono oltre il dovere. Delle ragioni di questi due diversi, e opposti partiti, ne dà il suo parere Lodovico Vives ne' suoi commentarj a Sant' Agostino (3) così concludendo, *locus est communis de tormentis, et contra tormenta. Fortissima sunt quæcumque contra tormenta dicunt, quæ vero pro tormentis futilia, et imbecilia*. Per rimontare primieramente all' origine di quest' uso, esso si attribuisce alla superstiziosa costumanza delle purgazioni volgari, e canoniche de' secoli dell' ignoranza, allorchè pretendevasi, che Dio medesimo nelle prove del fuoco, e dell' acqua bollente, e nella incerta sorte dell' armi decidesse della reità, ed innocenza delle persone imputate. Ma io penso diversamente, e tengo, che l' uso fu introdotto da' Romani, sebbene la pratica, e l' oggetto fu guastato dall accennata superstiziosa costumanza.

Che i Romani avessero in pratica l' uso singolarmente della tortura è facile il dimostrarlo, non ostante che l' autore del libro *dei delitti e delle pene*, francamente asserisca, che presso i Romani non

(3) *Ad lib. XIX de civitat. Dei cap. VI.*

trovasi *usata la tortura, che su i soli servi, ai quali era tolta ogni personalità.* Io trovo all'incontro oltre altri molti, due chiari testi nel gius Romano. Il primo è di Giulio Paolo (4), che dice: *statu liber in adulterio postulari potest, ut quæstio ex eo habeatur*, il secondo è di Marziano, (5) il quale insegna secondo i principj del Romano diritto, che *nec de statu libero in pecuniariis causis quæstio habenda est*. Dal qual' ultimo singolarmente si deduce troppo chiaramente, che se i liberi venivano fatti esenti dalla tortura nelle cause pecuniarie, in altre cause capitali si solevano torturare per giusta illazione, non solo i servi, ma anche i liberi. La qual cosa viene sempre più rischiarita da un rescritto degl'Imperatori Diocleziano, e Massimiliano, in cui vengono per ispeciale privilegio esentate dall'essere tortorate le persone per dignità eminentissime, e gli uomini per sapere perfettissimi fino ai loro pronipoti. Ecco le parole del rescritto (6). *Divo Marco placuit eminentissimorum quidem, nec non etiam perfectissimorum virorum usque ad pronepotes liberos plebejorum pœnis vel quæstionibus non subjici ...... In decurionibus autem, et filiis eorum hoc observari vir prudentissimus Domitius Ulpianus in pubblicarum disceptationum libris ad perennem scientiam, et memoriam refert.* Che privilegio, che distinzione sarebbe stata questa per le persone di dignità eminentissime, e di sapere perfettissime, e per li decorioni, e loro figliuoli se tutt'i liberi erano niente meno esenti dalla tortura?

Noi vediamo inoltre dagli atti degli Apostoli

(4) *L. 8. D. de quæst. in fin.*
(5) *L. 9. § 1. D. eodem, tit.*
(6) *L. 11. Cod. de quæst.*

l' uso de' Romani di torturare chicchessia, nonche i soli servi, perciocchè il tribuno Romano senza riserba, e condiziona comandò, che torturato fosse S. Paolo per rilevare la verità di ciò, che gli era imputato, benchè egli non fosse servo di alcuno: *jussit tribunus induci eum in castra, et flagellis cædi, et torqueri eum* (7). Questo uso non fu solo de Romani, ma de' Greci ancora, come rilevar possiamo in più luoghi da Quinto Curzio, e dal fatto particolarmente de' due filosofi Zenone, e Teodoro narratoci da Valerio Massimo (8), che furono fieramente torturati per rilavare da essi i complici delle macchinate congiure. Questo uso però da' tormenti, quando non fosse stato adoperato in pena, fu con somma economia praticato da Romani nelle persona libere, perchè ne' servi per un certo loro superstizioso modo di pensare (ora abolito, e dalla religione, più che da ogni altro riflesso tolto, e sbandito) pareva loro di potere incrudelire senza offendere l' umanità, da poichè considerati erano quasi per niente più di un animale insensato, e allora solo credevasi lecito l' uso de' tormenti, e della tortura nelle persone libere, quando queste convinte fossero state di qualche atrocissimo delitto da fortissimi argomenti, a indizj, che non lasciassero da dubitare, onde opportono in seguito fosse il rilevare dal reo, o i complici, o le circostanze più particolari del delitto, per prevenire i tristi effetti del delitto medesimo, e per distruggerne le pericolose reliquie: sempre intendevasi però de' delitti atrocissimi, che direttamente interessassero lo stato, e la pubblica sicurezza, e tranquillità. Non trovasi giammai da' Ro-

(7) *Act apostol cap* 22 *vers* 24 *cui adde Quinti. instit orator lib* 6. *cap*. 4.

(8) *Lib*. 5. *cap*. 3.

mai praticata la tortura, o altro tormento per estorcere dalla bocca d' alcuno la confessione di certi delitti di ragion privata, e che poco toccano la repubblica nel suo generale interesse, come sono segnatamente i furti.

Introdotta finalmente da' riti barbarici la superstiziosa costumanza delle giustificazioni, e purgazioni volgari, chi era imputato di un qualche delitto, subir doveva alcuni tormenti, come leggere possiamo nelle eruditissime antichità Italiane del celebre Muratori, e presso moltissimi altri storici, e scrittori. Se l' imputato aveva tanta forza, pazienza, a coraggio di sostenerli, dichiarato era innocente, altrimenti qual reo condannavasi. Questa barbara superstiziosa pratica durò per lungo tempo ne' secoli della ignoranza. Di essa si fa menziona nel diritto canonico (9), e più diffusamente se ne parla nel codice delle leggi Longobarde, e ne' capitolari di Carlo magno, e suoi successori. Abbiamo poi espressamente fra le leggi del re Rotari, che colui il quale *se purificaverit, sit absolutus a culpa homicidii* (10), e fra quelle dell' Imperator Lodovico una singolare per la sua assurdità, la quale, poichè le due parti causanti prodotti avessero testimonj in egual numero, prescrive così, *quod si ambæ partes testium inter se ita dissenserint ut nullatenus ulla pars alteri concedere voluerit, eligantur duo ex ipsis, idest ex utraque parte unus, qui cum scutis, et fustibus in campo decertent utra pars falsitatem citra veritatem suo testimonio sequatur, et campioni qui convictus fuerit propter perjurium, quod ante pugnam commiserit, dextera manus amputetur. Cæteri vero ejusdem partis testes*

(9) *Lib. V. tit. 34 de purgat. canon. cap. 1. e t alibi,*
(10) *Leg. Longobard. lib. 1. tit. IX, leg. 1. in fine.*

qui falsi apparuerint, manus suas redimant (11). Così la sorte dell' armi era quella, che decideva del taglio della mano, e del delitto di spergiuro. Si crederebbe mai, che uomini ragionevoli di quel lume, comechè tenue, dotati, che a tutti ha impresso la natura, potessero sì fattamente farneticare? Eppure un sì ridicolo sistema di procedere ne' delitti oscuri, e incerti, durò per secoli. L' imperatore Federico particolarmente stabilì, che uno imputato di furto *sequenti die expurgabit se ignito ferro*. (12). Sarei troppo lungo se riportar volessi altre costituzioni a queste analoghe, delle quali è presso che ripieno il codice Longobardo, e la storia dei tempi bassi, ne' quali anche le quistioni di diritto si decidevano colle armi, e in esse pareva per non so quale fanatismo depositata la ragione naturale, e civile, *per pugnam ad judicium Dei decernatur*; come si spiega il testo Longobardo (13). Di fatto leggiamo nelle storie, e presso altri autori di riputazione, che Ottone primo, essendo nata una quistione tra' certi principi dell'Allemagna, alcuni dei quali pretendevano, che i figli del premorto primogenito dovessero essere eredi ad esclusione de' loro zii cadetti, e gli altri volevano, che il diritto di rappresentazione non dovesse aver luogo in questo caso, e che questi figli fossero esclusi dalla successione ai feudi, e signorie del loro padre in concorso coi fratelli di questo, ordinò egli per giudice illuminato, imparziale, e competente di questa quistione un combattimento, in cui essendo rimasti vincitori i sostenitori del primo sentimento, fu fat-

(11) *Ibid. lib. II tit. II Leg.* 10
(12) *Raderich de gestis Friderici lib. I cap.* 26.
(13) *Legum Longobard. lib.* 1. *tit. XV. leg. II.*

ta la legge a quello relativa. Ecco il caso legislatore, e la forza dell' armi dettatrice delle leggi.

Finalmente sgombrandosi a poco a poco le tenebre nel mondo fu una sì fatta superstizione fra le private domestiche pareti, e ne' pubblici più solenni giudizj tolta in parte. Dissi in parte, poichè nei tribunali ancora ne durano evidenti le vestigia nei tormenti, e segnatamente nella tortura surrogata a quella prova volgare, che dicevasi, *judicium crucis*. Si ritiene l' uso della tortura da Romani introdotto, ma si pratica secondo la superstizione delle purgazioni volgari. A vedere, se ciò sia vero, basta riflettere, come rifletta appunto un celebre giureconsulto (14) alla pratica comune nei tribunali, secondo la quale chi ha saputo sostenere i tormenti debb' essere assoluto come innocente (15). La qual cosa non è essa l' effetto medesimo, che produceva l' antica barbara giustificazione, o purgazione volgare? Anche allora siccome adesso, chi era indiziato, o sospetto non leggermente di qualche delitto sottoporsi doveva a qualche tormento, o per giustificarsi, o per condannarsi da sè medesimo. Ma singolarmente nel quanto ridicolo, altrettanto inutile modo di purgare l' infamia colla tortura, chi non ravvisa gli avanzi detestabili della detta sciocca, e superstiziosa consuetudine? Purgavansi una volta i delitti con certi tormenti, e ora purgasi l' infamia colla tortura, qual diversità quanto al principio di ragione, a cui può appoggiarsi, l' una, e l' altra di queste due pratiche? *Remove*, scriveva a nome del

(14) *Gregor. Tholosan. syntagm. iur univers. lib.* 48. *cap. XV. n.* 1.

(15) *Vide Tommasium in tractat de tortur. ex foris christian. proscrib. cap.* 1. §. *XI.*

suo principe Cassiodoro consigliero di Teoderico Re de' Goti al governatore dell' Ungheria a proposito di sì fatte costumanze, ch' egli fin d' allora detestava, *remove consuetudines abominanter institutas* (16). I Goti di fatto sembravano meno barbari in questa parte, come ne possiamo avere ottime testimonianze dalle opere singolarmente del citato Cassiodoro, e dalla storia Gotica di Grozio; ma i Longobardi più barbari degli altri popoli venuti di là dell' alpi col lor dominio, che seppero conservare in Italia più di due secoli, conservarono parimente, e promossero sempre più queste scelerate, ed empie costumanze, come dal codice delle stravaganti loro leggi rilevasi.

Noi abbiamo notato altrove, che i popoli barbari, i quali invasero l' Italia, uscirono dagli ultimi confini della Germania, e dalla Scizia singolarmente settentrionale. Ora osservò Tacito, ed Erodoto il primo dei Germani antichi (17), e il secondo degli Scizii (18), che superstiziosissimi erano, e crudeli nella osservazione delle sorti, e dei prodigj. Lo stesso narra pure Ammiano Marcellino degli Alani (19). Tal superstiziosa lor prevenzione seco la portarono nel paese usurpato, e la ritennero anche abbracciato, ch' ebbero il cristianesimo, volendo quasi obbligar Dio a decidere dell' innocenza, o reità del torto, o diritto delle persone, su le quali sospetto cadesse, o controversia; quindi le vanissime osservanze, o strane pruove, che s' introdussero, e dell' acqua ora fredda ora bollente, e del ferro rovente, e di quel che chiamasi giudizio della croce, e delle sorti gittate sopra le reliquie de' Santi con certe determinate

(16) *Variarum lib. III. epist.* 28
(17) *De morib. German. cap. X.*
(18) *Lib. IV. pag.* 278
(19) *Histor. lib. XXXI. cap. II*

preci, e imprecazioni, e che so io. Cessarono finalmente gli uomini di essere talpe, e cominciarono a conoscere l'assurdità, e barbarie di queste costumanze, ma che? Ne' giudizj criminali si credettero ancora opportune, e però in buona parte si conservarono almeno in pratica. Uno è indiziato gravemente di qualche delitto; non si hanno argomenti per bastevolmente convincerlo; le pruove non bastano; dunque si proceda ai tormenti, coi quali, o si purghi, e giustifichi, oppure supplisca al difetto delle pruove per essere condannato; chi potrà negare, che non appariscano in ciò le orme delle dette purgazioni, che pretendonsi abolite? Chi non ravvisa nel pratico metodo dei tormenti, e nell' abuso della tortura l'infame monumento della selvaggia legislazione, a distruggere il quale non valsero fin ora i lumi della rischiarita nostra età?

§. XXXIV.

Continuazione.

Nel contrasto di due opinioni, e sentenze, che diametralmente si oppongono, e combattono, un' opinione, e sentenza di mezzo per lo più è la migliore. Questo avviene per avviso de' più dotti, ed esperimentati medici rispetto la loro scienza; così pure si pensa spesso da' migliori teologi, e filosofi rapporto alle controversie alle loro facoltà appartenenti, da quelli almeno generalmente, che non per impegno di contraddire, ma per puro amor della verità scrivono. Se mai però in altre materie, in questa dell' uso de' tormenti, sembrami che sia ragionevole, e necessario un tal temperamento. Hanno scritto tanti contro quest' uso, e lo condannano con tutti

gli anatemi della più esecrabile imprecazione; altri lo difendono con tutta forza secondo il sistema fin ora in pratica adottato. Una sentenza, che ne interamente il proscriva, nè lo ammetta in tutta quella estensione volnta da' suoi favoreggiatori, non potrà a buona ragione dispiacere nè all' uno, nè all' altro de' due opposti partiti: dirò adunque il mio sentimento, qualunque esso sia, dichiarandomi però, che quando dovessi ad una attenarmi delle due parti di chi impugna risolutamente l uso dei tormenti, e di chi lo difende costantemente, mi attaccherei a' primi, come a quelli che nel loro divisamento corrono sempre minore pericolo di contraddire alla filosofia naturale, e di pregiudicare ai diritti della umanità.

Io pertanto conchiudo così. Nei delitti pubblici, in quelli cioè, che interessano di loro natura direttamente il sicuro, e tranquillo stato della repubblica, siccome troppo è grande, ed importante la necessità di prevenirne i danni, così l'uso de' tormenti può essere lecito secondo il politico assioma di Tacito, che l' iniquità, cioè il rigore, che in altra ipotesi sarebbe eccessivo, di una azione o d' una legge, vien compensata dalla pubblica utilità. In sì fatti atrocissimi delitti la persona gravemente indiziata è già per sè stessa col solo ragionevole, e forte sospetto fatta degna della pubblica persecuzione. Il Sovrano posto a invigilare alla conservazione del comun bene, è tenuto prevenire con opportuni ripari anche il solo timore di una imminente rovina, non altrimenti, che un abile medico al solo fondato sospetto di un' ulcera, o altra malattia, che minacci la morte, dee tosto metter mano agli specifici analoghi, ed efficaci rimedj, che vadano al riparo del male, e del pericolo, e ne arrestino le conseguenze. Gli estremi pericoli in somma, che non ammettono

dimora, richiedono estremi possenti, e pronti rimedj. Intanto, che un reo di atroce delitto stà detenuto, e custodito, finchè bastevolmente venga dai soli argomenti, indizj, e presunzioni convinto, i suoi complici, e compagni possono compiere ciò, ch' egli non avrà forse, che tentato, o consumare il delitto, cui egli non avrà, che spianata la strada, o pure certi, e lusingati su la fedeltà del compagno, che non li scoprirà, continuare colle infami loro azioni a perturbare la pubblica pace, e a macchinare a pregiudizio dello stato. Se Cicerone non avesse co' tormenti di alcuni complici saputo svelare interamente la trama di Catilina, e il nome di ogn' altro partecipe della empia congiura, non avrebbe potuto certamente salvare la patria libertà, e se stesso col suo collega, e gli altri senatori dalle macchinazioni, e dalla forza del sedizioso, e ardito nemico, così si discorra di tant' altri casi somiglianti a questo, che abbondevolmente le storie ci somministrano. Ora quanto son più frequenti ad avvenire tai disordini, e pericoli, tanto que' mezzi gagliardi, e tormentosi, che non debbono usarsi a tutto pasto, dirò così vogliono pure adoperarsi non di rado, qualora trattisi di accertare l' infezione di un particolar membro della comunità, che dilatar si potrebbe non iscoperta a danno, e corruttela di tutto il corpo morale.

Non si può in somma stabilire in questa materia una teoria generale, e ad ogni caso adattabile. Infatti parlando dell' uso dei tormenti, e della tortura, Cristiano Tomasio, che di proposito si era accinto a combatterlo nel trattato suo, *de tortura a foris Cristianorum proscribenda*, confessò anch' egli poi, se crediamo a Ulrico Ubero, il quale ce l' attesta, che i suoi principj a questo riguardo non bene si adattavano all' uso forense, nè troppo maneggievoli

erano ridotti alla pratica (1), e ben si può inoltre riflettere almeno per riguardo a' casi da me accennati, che l'uso de' tormenti fondasi su le leggi civili, che dall' universale consenso de' cittadini traggono la forza loro. Quindi se ciò è piaciuto ad essi medesimi di stabilire, ossia di adottare, diritto non hanno di lagnarsi di un fatto, che dir si dee loro proprio sul pretesto di alcuni accidenti particolari, onde appaja grave, e dura la legge, avvegnachè, come ben disse Marco Porzio Catone nella sua orazione per la legge Oppia, combattuta dalle istanze importune delle Romane femmine, che la volevano abolita sotto molti speciosi pretesti di durezza, di acerbità, di convenienza, ed altri, *nulla lex satis comoda omnibus est, id modo quæritur si majori parti, et in summam prodest* (2). Finchè la legge giova alla università, non deesi curare, che per accidente pregiudicar possa alle ragioni di un particolare, e ben disse anche il giureconsulto Giuliano (3), che *multa jure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest*. Molte verità però di universale teoria in pratica non sono che belle chimere, se non vi si aggiungono le opportune eccezioni.

Seguendo adunque la pratica de' Romani nell' uso de' tormenti ritengo, ch' eglino non se ne valevano se non nei rei di delitti atroci, che interessassero di molto il ben comune dello stato, e non giammai nei delitti minori, e i quali non avessero, che fare direttamente con ciò, che al pubblico appartiene. Tali segnatamente non sono i delitti di

(1) *Prælat jur civil part III lib 4§ pag mihi* 1518 *nota*.
(2) *Ex Livio lib XXXIV. cap* 3
(3) *L. 5 D ad legem Aquiliam*

furto. Inoltre non usavansi mai nei tribunali di Roma i tormenti de' rei per supplire alle pruove delle personali lor reità, le quali dovevan sempre per altri argomenti precedentemente constare. Odasi il rescritto degl' Imperadori Diocleziano, e Massimiano, *oportet judices nec in his criminibus, quæ pubblicorum judiciorum sunt, ad investigationem veritatis a tormentis initium sumere: sed argumentis primum verisimilibus, probabilibusque uti* (4). Da tutto ciò comprendiamo l' abuso, che si fa di uno istituto delicato troppo, e da maneggiarsi con somma precauzione, il quale usato con discrezione, con discernimento, con prudenza, con economia, e a tempo opportuno, utile egli è alla umanità medesima, e anche necessario per ripurgarla da' facinorosi uomini, guasti, e corrotti, che la perturbano, e affinchè come dice Ulpiano (5), i rei medesimi, *supplicio salvi sint*. Egli è questo istituto nella giurisprudenza criminale, come il rimedio ora introdotto nella medicina più sistemata della cicuta, e del sublimato, che usato con discrezione, prudenza, e a tempo, è utile, ed opportuno per sanare diverse malattie ostinate, e croniche, ma che abusato, e non prescritto a tempo è il veleno di prima riconosciuto da tutti gli antichi e moderni per tale. L' abuso de' tormenti, e della tortura consiste nell' usarli in ogni causa men grave, e per trarre dalla bocca del reo la prova d' un delitto, di cui non si crede aver bastevoli fondamenti per procedere alla sentenza definitiva. Abuso gravissimo è quello ancora di tortorare un infame, pretendendo di purgarlo con ciò dalla infamia, come abbiamo più avanti dimostrato, e abuso niente meno, quando si pretende di torturare i supposti rei

(4) *L. 8 codice de quæstio.*
(5) *L. 7. D. de quæst.*

precisamente, e generalmente per essere caduti in qualche contraddizione, quasi che punir si voglia l'infelice, perchè va procurando di schermirsi dalla interrogazioni soventemente artificiose, se non fors' anche suggestive, colle quali si tenta di carpir dalla sua bocca gli argomenti, e le prove del suo reato, quasi che diritto si abbia di pretendere dal reo, che debba in ogni caso accusar sè stesso, e sottoporsi alla sentenza, che lo danna alla pena. Se nella persona immaginaria del fisco si pretende rappresentato l'interesse della intiera società, che richiede, che i delitti vengano puniti, sarà non pertanto sempre la causa introdotta tra la società medesima, e l'individuo inquisito. La prima siccome attrice, e accusatrice dovrà addurre le sue prove concludenti, e chiare, dalle quali il reo non dovrebbe, che difendersi. Qual diritto adunque avrà il fisco di estorcere dalla bocca del reo medesimo le prove, e gli argomenti onde sostenere la sua azione? Abusi son tutti questi. Ma che si dirà della municipale legge di un paese, che per rossore io non ardisco nominare, la quale in certi piccolissimi, e leggerissimi delitti, la pena de' quali è di una leggerissima somma di danaro, prescrive, che quando l'inquisito, o accusato negasse sia torturato, *inquiratur per martirium*. Oh monumento della più selvaggia legislazione! Oh vitupero dell' umanità! Eppure con questo, ed altri molti monumenti contrarj ad ogni buon senso, ella è questa municipal legge con iscrupolosità farisaica rigorosamente osservata, e nulla giova il desiderarne la riforma per non incontrare la taccia di novatori, di perturbatori dell' antico civile sistema, e di distruttori delle patrie prerogative.

§. XXXV.

Della prescrizione.

Non è nuova fra' criminalisti la quistione, se i delitti indistintamente possano essere prescritti, cioè non essere suscettibili dopo un certo tempo di pena, e castigo. Anche questa ha due forti partiti, come che per lo più sia regolata secondo le rispettive municipali leggi. A voler però dire alcuna cosa seguirò il mio sistema di non attaccarmi ad alcun partito particolare, e di attenermi alle opinioni di mezzo, che anche in pratica le trovo le più acconcie alla vita civile. Io adunque distinguo due sorti, o classi di delitti, una e di que' delitti, che sono tali secondo il pretto, o primitivo diritto di natura, e l'altra è di quelli, che sono tali sul supposto diritto di societa. La prima classe di delitti io la comincio dall'omicidio con tutte le altre scelleraggini, che ognuno per sè riconosce, come opposte alla ragion naturale antecedentemente ad ogni convenzione positiva, seguita tra gli uomini. La seconda riguarda la violazione dei diritti di società.

Rapporto ai delitti della prima classe (ben inteso però, che un delitto misto, cioè che partecipi dell'una, e dell'altra classe resta compreso nella prima, a cui lo trae la forza del peso di quella parte di malvagità, che il fa partecipare di essa) son di parere, che non possano essere prescritti per qualunque tempo, che scorrere possa dal fatto allo scoprimento di esso; rapporto poi a quelli della seconda parlerò con distinzione.

Ma per giustificare con fondamento il mio pensiero, così la discorro. I delitti della prima classe non si puniscono in virtù solamente di quella au-

torità, che alle leggi, e a' magistrati comparte il contratto sociale, ma singolarmente ancora per una obbligazione, che trae da principio più alto, e più sacro, cioè dal Sovrano, e primario Legislatore della natura, il quale costituisce i sovrani, e per essi anche i magistrati in questa parte particolarmente per suoi vicarj, per amministratori della sua giustizia quaggiù, e per esecutori delle sue leggi, non giova il riandare le autorità sagrosante, e somministrateci a questo riguardo dalla religione. Sono queste tanto comuni, che sarebbe stucchevole il volerle rifriggere, e ricantare. Ora la prescrizione non è, nè può essere, che un' invenzione, o un ritrovato civile, e però non può aver luogo per togliere, e sospendere ai magistrati un autorità, che non è solamente civile, ma naturale, e divina. Il debito del reo di cotali delitti è verso la natura, e il legislatore, e autore della medesima; e questo non può essere prescritto, che dalle leggi del medesimo, e non dalle leggi civili, e posteriori, e fondate sopra una autorità troppo inferiore.

I delitti di seconda classe, siccome quelli, che tali non sarebbero senza il diritto di società, così possono prescriversi qualora nella società piaccia di stabilire leggi, che autorizzino la prescrizione. Ho detto di voler distinguere, e la distinzione è questa: che qualora i delitti di società sono tali, che invadendo i fondamenti della medesima, la minaccino di rovina, questi pure non passano essere prescritti; poichè una tale prescrizione, come contraria al primario oggetto, e fine della società, che fondasi pure sul diritto di natura, benchè però solamente di riflesso, non potrebbe essere legittima, non dovendosi mai sapporre, che gli uomini condotti dalla necessità ad instituire le civili società, vogliano contrad-

dire a sè stessi con istabilire leggi civili diametralmente opposte all' oggetto propostosi ne' civili loro stabilimenti. Gli altri delitti, che non possono avere una tale analogia coi fondamentali principj delle civili società che possano vietare, che non vengano dentro certo tempo prescritti? Conciossiachè il debito contratto in questo caso dai rei, non è più che privato, e in un vero e buon senso, civile anzi che naturale, come sarebbe quello di un reo di furto. Costui non è soggetto alla pena, che per accessione, e non per un primario debito, come abbiamo veduto qui avanti, dove più di proposito se n' è ragionato. Dal furto si può argomentare agli altri delitti minori. I debiti civili, e privati adunque è costante regola della giurisprudenza, che possono essere prescritti, e si prescrivono.

Ma se mai in alcun altra parte, vorrei introdotta, e stabilita la prescrizione dentro un certo determinato spazio di anni a chi avesse ottenuta una sentenza assolutoria, *ab instantia*. Costui comincia ad avere almeno uno specioso titolo, su cui incominciare il tempo legittimo della prescrizione. Non è così di coloro, che sono veramente rei, e non hanno riportata veruna tale sentenza, a prò de' quali la prescrizione se avesse luogo, non incomincerebbe, che dalla loro malizia nel saper occultare il misfatto, ma chi viene assolto dall' istanza non è nè innocente, nè reo. Non è innocente, perchè non ha bastevolmente giustificato sè stesso, non è reo, perche gl' indizj, le presunzioni, e gli argomenti non bastavano per convincerlo. Passato adunque un certo spazio di tempo da questa assoluzione, egli comincia ad acquistare un certo diritto d' innocenza, poichè la presunzione, che sempre più inclina a favorire l' innocenza, che a supporre delitti,

i quali non siano provati, va prendendo maggior forza, e vigore per assicurare l'assoluto da ulteriori vessazioni. Anzi qui ha luogo la ragion medesima, che stabilisce, e promove la prescrizione nelle civili cause, secondo il pensamento del Boemero (1), cioè, che siccome opportuna è la prescrizione nelle cause civili, perchè non restino fluttuanti sempre, e incerti li dominj delle cose, e diasi finalmente qualchè fine alle liti, così pure opportuna sia la prescrizione nelle cause criminali rispetto a quelli, che sono stati assoluti dall' istanza, affinchè la sicurezza, il buon nome, e la riputazione di questi non istia sempre in una dolorosa incertezza, e sospensione.

I Romani nello spazio di venti anni volevano prescritti tutti, generalmente parlando, i delitti, come ricavasi dalle loro leggi singolarmente da quella, che dice (2), *quamcumque enim quæstionem apud fiscum si non alia sit præscriptio, viginti annorum spatio prescribi divi principes voluerunt*, così scrive Marziano, e da quell' altra (3) la quale impone, che *querela falsi temporalibus præscriptionibus non extinguitur, nisi viginti annorum exceptione sicut cætera quoque fere crimina*. Erano però eccettuati da un tempo sì lungo a prescriversi i delitti di adulterio, lenocinio, di sodomia, di stupro, d'incesto, e di bigamia, ne' quali si dimostrarono più a clemenza proclivi i legislatori di Roma (4). Questi si prescrivevano in soli cinque anni. Troppa briga avrebbero avuto i Romani Pretori, se la prescrizione di questi non fosse stata così favoreggiata.

(1) *Element. jurisprud. crimin. sect. 1 cap. XX* § 322.
(2) *L. 3 D. de requir. vel absent. damnandi.*
(3) *L. 12 Cod. ad legem Cornel. de falsis.*
(4) § 4 *Instit. de publ. judic. l. 6, et l. 29 D. ad leg. Juliam de adul., et l. 28 Cod. eod. tit.*

Fa l'apologia a cotesta indulgenza l'autore del libro *dei delitti, e delle pene* (5), mettendo cotai delitti in aspetto anzi degno di riportare compatimento, che castigo. Io però non so in ciò rinvenire la solita equità della giurisprudenza, e legislazione Romana; la quale volendo terminata in non più di cinque anni la prescrizione di brutalissime infamità, venti interi anni richiede a prescrivere un semplice furto, e altri delitti di assai minor conseguenza, e d'una classe di gran lunga inferiore. Dovette essere entrata in capo a' Romani la ragione, come parla il predetto autore, di quella fortissima attrazione, che spinge l'un sesso verso dell'altro, ma questa essa forza di attrazione, e quasi magnetismo qual ci viene dall'autore descritto trattandosi di enormità sì abominevoli, dovrebbe pnie per mio avviso essere anzi motivo ad impedirle con maggior severità di precauzioni, e di leggi.

Questo sistema di prescrizione de' delitti adottato nella giurisprudenza Romana non aveva luogo, se non riguardo ai delitti passati pel processo accusatorio, di cui unicamente, come si è veduto, usavano i Romani, e però nulla concluderebbe nella pratica del processo inquisitorio procedente da tutt'altro principio. Nel processo accusatorio colla prescrizione toglievasi l'azione privata, e nel processo inquisitorio si verrà a toglere l'azione pubblica. Tuttavia leggo, che la giurisprudenza Romana ammetteva la prescrizione anche contro le ragioni del fisco, cioè, dappoichè la causa nel suo principio privata per l'accusa, da cui cominciava, in seguito erasi fatta pubblica colle ragioni, che sopra l'accusato acqui-

(5) *Pag. XXXI dell'ediz. quinta.*

stava il fisco rappresentante la pubblica ragione. Contro adunque il fisco ancora era stabilita la prescrizione di venti anni (6).

§. XXXVI.

Del fisco.

Un paniere tessuto di vimini, che usavasi per riporre le grosse somme di argento, ebbe primieramente sotto Augusto, e sempre più in successo di tempo, un senso così elevato, che pervenne a significare, prima il tesoro particolare del principe, e poscia in seguito i regj diritti di un sovrano, così che Ulpiano (1) lo denomina, *Caesaris ratio*. Prima l'erario distinguevasi dal fisco, quello aspettando alla pubblica ragione della repubblica, e questo al privato diritto dell' Imperatore. Poscia impossessatosi l'Imperatore anche dell' erario, questo non fu più distinto dal fisco, solchè per erario intendesi il ripostiglio de' regj tesori, e per fisco il diritto, di cui si vale il sovrano per arricchire, e mantenere l'erario stesso. Qualche prammatico reca una ridicola etimologia di questa parola fisco, *fiscus dicitur quasi fixus* (2), etimologia, ch'io invero non saprei indovinare, onde vogliasi prendere. Gli eruditi poi formano intorno a questo nome varj punti di questione, che io lascerò discutere a coloro, che per ozio, per inclinazione, e per vanità abbandonansi alle cose frivole per trovare dopo una lunga,

(6) *L.* 1. *§ praescripto et seq. D. de jure fisci l.* 13. *D. de div. et temp. praescrip.*
(1) *L.* 6 *§ ult. D. de jure fisci.*
(2) *Vide Peregrin. de jure fisci lib.* 1. 2. 34.

e penosa fatica su i libri arricchita di un bel nulla la loro, e l'altrui mente.

Non sò però adattarmi al parere dell'autore *dei delitti, e delle pene*, il quale anzi che dalla genuina sua istituzione deriva la dénominazione del fisco dall'anarchia feudale de' secoli bassi, allorche i signori di poche terre, castella, e distretti parte per qualche Cesareo privilegio, e parte per usurpazione erettisi in principi, e sovrani autorizzarono l'abuso della confisca, in cui sola aveano i mezzi per sostenere quello stato di guerra nel quale continuamente trovavansi, e quindi le pene tutte ridussero a pecuniarie. Allora, è vero, verificavansi tutti quegli abusi di procedura criminale, che l' accennato autore descrive, e amplifica con eloquenza. Le leggi allora arbitrarie, e fondate sul mero capriccio tirannico di quei piccioli sovranetti, l' ignoranza comune in que' tempi, la barbarie dell' età, il sistema violento degli stati, e repubbliche, la giurisprudenza romana ignorata, e perduta, i costumi selvaggi, che con pretta superstizione si osservavano, e le consuetudini più stravaganti, e crudeli, che prevalevano, tutte concorsero a promovere, e mantenere cotali disordini, ed abusi.

Finche adunque questo autore si fa a descrivere cotesti disordini di que' tempi, egli non riferisce se non ciò, che abbiamo pur troppo da veridiche, e indubitabili memorie. Ma troppo oltre il vero sembra a me, e sembrerà a molti altri il conchiudere, che ei fa che tali sono quasi in ogni luogo della illuminata Europa nel decimo ottavo secolo le procedure criminali. Potrà dire, che in alcuni paesi conservinsi tuttora cotali abusi; ciò che io debbo pur troppo accordargli, e posso essergliene testimonio: ma gli si possono opporre molti altri paesi, da' quali

sono essi affatto proscritti. Oggidì, che l' illuminata Europa sensibile si è resa alle voci dell' umanità, che l'ignoranza in buona parte è sbandita, che la tirannia non più occupa i troni de' monarchi, che il giogo della barbarie è scosso, che i costumi, e le consuetudini mediante le provide sovrane sollecitudini si vanno riformando, che finalmente il codice della natura è divenuto ora mai l' oggetto più interessante della giurisprudenza, dovrassi supporre la procedura criminale cotanto universalmente disordinata?

Ammettasi pure, che tuttavia nella giurisprudenza criminale rimanga assai da migliorare, ma il modello, su cui lavorare tal uopo, qual sarà egli? Io son persuaso, che egli stesso con quella acutezza di ingegno, di cui è dotato, se vorrà analizzare i principj, e le conseguenze in ogni parte del suo sistema, riconoscerà a luogo a luogo troppo astratto, e poco riducibile alla pratica, e non avrà difficoltà di convenir meco della poca, o niuna susistenza di certi bizzari paradossi, e strani pensamenti da lui seguiti, de' Rousseau, de' Voltaire, de' Montesquieu, e di altri filosofanti, che conta il nostro secolo più commendevoli per acume, e sottigliezza d' ingegno, che per amore della verità. Intanto però egli ha il merito d' essere entrato il primo in un lodevole arringo. Nè debb' esser meraviglia, che un vivo, e fervido ingegno si lasci trasportare alquanto oltre la meta. Ma rimettiamoci noi in via. Il fisco è una persona morale, che protegge, e sostiene l' interesse della società, il qual richiede, ché i delitti vengano puniti. Egli in virtù dell' oggetto a cui è istituito esige la punizione, ed è come l' accusatore, e l' attore nella criminal causa incominciata col processo inquisitorio. Veggo temperata assai be-

ne per tal maniera l' odiosa istituzione de' processi inquisitorj, e imitata la disposizione delle romane leggi, poichè altro non è il fisco in questo sistema, che un opportuno supplimento alla mancanza de' pubblici accusatori da quelle ordinati. Il giudice però deve qui entrare come una terza persona, e decidere con giudizio imparziale delle prove addotte dal fisco contro il reo, e delle eccezioni, e discolpe dal reo contrapposte. Nè è di dovere certamente, che abbia egli il giudice per convenire col fisco alcun suo privato interesse, come succede pur troppo in qualche provincia. Nel qual caso necessario sarebbe un altro tribunale, il quale la forma, e i limiti prescrivesse del giudizio medesimo.

Il fisco adunque dee formare il suo processo, ch' essendo inquisitorio nel suo principio, offensivo in seguito diventa, e il reo ha diritto di far formare per mezzo del suo avvocato il processo suo difensivo, e questi due processi uniti, o combinati insieme vengono a formare il processo informativo pel giudice. Ecco nella comune pratica, o almeno nella istituzione di essa, il vero processo informativo. Se poi facciasi mal uso talvolta di questa istituzione, o perchè troppo si favoreggi la causa del fisco, e sieno di soverchio emphati i suoi privilegj, o perchè scarso tempo si dia al reo per formare, e terminare il suo processo difensivo, quando per lo contrario abbia avuto il fisco in sua balìa tutto l' agio d' instruire il reo, e fondare la sua intenzione, questo sarà un disordine da attribuirsi, non al metodo stabilito, ma a coloro, che incaricati ne sono dell' osservanza. Ma qui dissimulare non posso il farsi cotanto privilegiata la causa del fisco dalla comune de' criminalisti, i quali hanno scritti intorno a ciò interi volumi, senza che contar si possano scrittori,

i quali siansi data gran pena di sostenere, e mettere in chiaro i diritti de' poveri rei. È vero, che Sebastiano Guazzino diede già alla luce un suo libro raccozzato da varie opinioni, e sentenze di diversi autori con specioso frontispizio di trattato a difesa de' rei, e Olmonte Ciazio, alcune dissertazioni col medesimo titolo. Ma oltre che scompajono quanto al numero tali opere messe all' incontro di tant' altre di contrario argomento, vedesi in queste stesse tanto favorito il fisco, che poco vi posson contare i rei a lor vantaggio. Finchè adunque cotesti diritti del fisco si raggirano sopra la maniera d' esigere le pene imposte al reo già convinto, e sopra le obbligazioni di lui personali, ed anche reali de' beni suoi senza oltrepassar que' confini, che sono fissati dalle leggi, non v' ha che opporre, ma ove si estendano su la persona del reo inquisito, ma non convinto, qual privilegio, dico io, dovrà avere il fisco per procurare la rovina, il danno, e la distruzione d' un uomo infelice, dato in preda allo squallore, ai tormenti, e alle angoscie dell' avvenire il più terribile? Non dovrebbe anzi essere più privilegiata la causa del reo, che si difende, di quella dell' accusatore, che lo presenta? Ognuno sa quanto più vantaggiosa sia nelle civili cause la condizione del reo di quella dell' attore, e nelle criminali, dove non solo della roba, ma della vita, e dell' onore del reo si tratta, dovrà con ordine inverso essere deteriore la condizione del reo, e inferiore a quella dell' attore?

Lode al cielo, che sperar possiamo ora mai di vedere anche in questa parte ritornati a' nostri di li tempi dei Titi, degli Antonini, e singolarmente dell' umanissimo Trajano, la cui clemenza commendando con altissimi encomj il celebre di lui panegirista Plinio, quello non tralasciò, che sotto il di

lui impero, la causa del fisco divenuta era la meno assistita dalla Cesarea autorità, anzi la più pregiudicata, *quæ præcipue tua gloria est sæpe vincitur fiscus, cujus mala causa nunquam est nisi sub principe bono*. È in particolare da sperare, che più non abbia a correre in tanto credito con la conseguenza, che ne deriva l'opinione, la quale quasi assioma indubitabile spacciavasi già, che debba riguardarsi il fisco qual persona ov'egli in figura apparisce di attore, e intendersi per lo contrario spogliato tosto di un tal carattere, qualora di causa a lui pregiudiziale si tratti, *appellatione personæ in materia stricta, et præjudiciali non continetur fiscus* (3) La conseguenza di tal' opinione si è, che il reo assoluto, con sentenza definitiva, e dichiarata innocente non ha diritto di riconvenire il fisco pe' danni, per le spese sofferte, per la vessazione sostenuta, e spesso ancora pe' tormenti tollerati. Io approvo il metodo di aver sostituito agli accusatori pubblici, che il diritto Romano aveva introdotti, la persona morale del fisco; ma dovrebbesi perciò intieramente imitare l'instituto eziandio de' Romani medesimi, che rendeva anche i pubblici accusatori riconvenibili dal reo, qualora, o calunniosamente, o senza legittime, e sufficienti prove, avessero mossa un'accusa, ed azione criminale contro d'alcuno, e così porrebbesi freno all' ingordigia, e alla prepotenza di chi avendo interesse nel fisco, quello muove troppo spesso a calunniosamente, e con ingiusta violenza vessare, e perseguitare altrui. Ma così va. Si fa il fisco ora comparire come una persona morale, ora scomparire qual vano fantasma a talento di chi ha in esso il suo interesse.

(3) *Peregryn. de jure fisci lib. 4 tit. 1. n. 4.*

Strana sembra pure a me la dottrina, che obbliga il reo a somministrare al fisco attore i mezzi, co' quali fondare la sua intenzione, e le armi colle quali combatterlo a più franco; *in fisco speciale jus est, ut reus ad fisci intentionem fundandam edere debeat* (4). A questa dottrina aggiungasi quell'altra, in cui s'insegna, che a pro del fisco la deposizione fatta in assenza della parte fa piena prova, quando altrimenti non è, che una prova imperfetta, o semipiena per parlare col foro (5). Dalla quale dottrina è derivato l'abuso d'interrogare segretamente i testimonj contro il reo, nonostante la pratica di sopra accennata della giurisprudenza Romana a questo riguardo. Al fisco inoltre si attribuiscono i privilegj, e le prerogative di pupillo, e di minore; anzi si pretende da' nostri scrittori di eguagliare i privilegj, e prerogative del fisco a quelle della Chiesa medesima, e delle cause pie (6). Io troppo mi renderei stucchevole, e prolisso, se riandar volessi le tante, e sì varie dottrine, che a favore del fisco si spacciano da molti a piena mano. Ma d'onde essi le traggono, e su quali principj le appoggiano? Altro più vero fondamento io non so trovarne, che una del tutto arbitraria e cieca pratica, scesa quasi eredità fino ai nostri padri, e a noi dai tempi infelici dell'anarchia feudale, allorchè la giurisprudenza fu fatta serva dell'ambizione, dell'avarizia, e della prepotenza di piccoli tirannetti. Fu allora, che s'inventarono certe dottrine da' professori tutti intenti ad adulare la fortuna di alcuni oppressori della libertà dei popoli, le quali servir potessero alle loro mire, e di-

(4) *Peregrin. de jure fisci lib.* 7. *tit.* 3. *n.* 11.
(5) *Ibid. n.* 38.
(6) *Ibid. lib.* 6. *tit.* 11. *n.* 3 8 *et* 10.

segni. Troppo premeva a que' signori di ampliare le ragioni del fisco, che era il più forte loro sostegno nella loro elevazione sempre incerta, e vacillante. Fra le tenebre poi di que' secoli il comun degli uomini lasciavasi condurre da que' pochi, ch' erano in credito di vedervi, e non è però gran meraviglia, che questi si servissero del loro credito a favorire con le loro speculazioni, e sottigliezze la causa, e guadagnarsi la grazia di chi solo era in grado di promovere i loro stessi vantaggi, e avanzamenti. Con che ecco montate, dirò così, e stabilitesi in cattedra certe dottrine, che non è poi così facile, come sarebbe desiderabile, il detrurbarnele.

§. XXXVII.

Dell' arbitrio de' giudici.

Si è veduto qui avanti quanto necessario sia l'arbitrio de' giudici nella procedura criminale; necessario in vero a tal segno, che Tommaso Moro voleva questa intieramente rimessa alla discrezione de' medesimi. Poichè per una parte la materia delle cose, e azioni umane di una estensione presso che infinita, e indeterminabile, richiederebbe una regola, che colla sua definizione arrivasse ad abbracciarne tutta la vastità, *indefinitæ namque rei indefinita regula est* (1), dice Aristotele. Per l'altra parte le leggi umane non possono giungere a tanto. La natura individua del delitto, che occorre, è quella, che dee venire in considerazione per giudicarne; e questa, dice ottimamente Aristotele, nè si trova nella legge, che ne parla in astratto, nè può supporsi

(1) *Ethic lib. V cap. X.*

quasi esistente nella mente del legislatore. *Peccatum non est in lege, nec in legislatore, sed in ipsa rei natura.* Tiensi, segue il citato filosofo, tiensi la legge all'universale; e ne' casi particolari v'ha sempre qualche particolar circostanza, che merita la riflessione di un nom prudente (2). *Lex quidem universaliter loquitur. In his autem præter universale quidpiam accidit.* Quindi la necessità di supplire con altre cognizioni alla nuda lettera della legge in quella guisa, secondo l'osservazione giustissima del Grozio (3), che a qualche precetto scritto da Dio medesimo su le tavole di Mosè vuol supplirsi con altre notizie impresseci dalla natura con questo solo divario, che ove trattisi di un precetto divino il supplimento alle parole, con cui è enunciato, altronde non può aversi, che da un lume infallibile, là dove in ciò, che appartiene a leggi puramente umane dee ragionevolmente ammettersi l'arbitrio, di cui parliamo, fondato su una probabile equità, in chi è costituito depositario di esse, e custode.

Oltre l'universalità, in cui si tengono le leggi ne' casi, ch'esprimono, molti ne avvengono pure alla giornata, de' quali non trovansi in esse menzione, e vestigio. Confessano, e giustificano tal mancanza i legislatori, e antichi giureconsulti. *In lege sufficit ea, quæ plerumque accidunt, contineri* (4). Così Giuliano, *jura constitui oportet in iis, quæ ut plurimum accidunt, non quæ ex inopinato* (5). Così Pomponio. *Ea his quæ forte uno aliquo casu accidere possunt jura non constituunt* (6). *Nam*

(2) *Loc. cit.*
(3) *In tractat. de æqu. cap. 1*
(4) *L. 10 D. de legibus*
(5) *L. 3 eod. tit.*
(6) *L. 4 eod. tit.*

ad ea potius debet aptari jus, quæ et frequenter, et facile, quam quæ perraro eveniunt. Così Celso (7). Da qui ebbe origine il diritto onorario de Pretori, e l' autorità loro conferita dalla legge Cetoria; e da qui pure nasce la necessità, che sieno i giudici autorizzati ad arbitrare ne' casi non espressi dalla legge, e che pur voghono provvidenza, siccome al giudice spetta il definire, se il fatto sia quello, che la legge suppone. Così quanto in ciò per le tante, e sì varie, e complicate circostanze, delle quali i fatti sono suscettibili, sia necessario l'arbitrio, l'esperienza ce lo insegna. Anche in ordine a questo particolare può dirsi quel di Calistrato, *quæ argumenta probandæ rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest* (8). Nè altro partito rimane però, a cui appigliarsi, se non l' avviso dato dall' Imperadore Adriano a Valerio Vero, allorchè mandollo a sostenere l' impiego di giudice in una provincia, *ex sententia animi tui te æstimare oportet, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris* (9). Tutto il punto sta, ed è in fatti di troppo maggiore importanza il definire i caratteri, la natura, l' estensione di questo arbitrio, di cui l' ignoranza, e la tirannia potrebbe formarsi un' idea ingiusta di dispotismo, e il vile servaggio alla consuetudine un' idea d' indipendenza, e assoluto diritto di sovranità, e padronanza non circoscritto da giusti confini.

Per ben definire adunque i caratteri, la natura, e l' estensione di cotesto arbitrio dei giudici convien esaminarne l' oggetto, e il motivo. L' oggetto, è l' osservanza della legge, in cui si compromisero

(7) *L.* 5. *eod. tit.*
(8) *L.* 3. § 2. *D. de testibus.*
(9) *L. fin. Cod. de testibus.*

gli uomini, e sopra di cui fermarono quasi la base delle civili loro società; onde è detto da Papiniano, *communis Rmpubblicæ sponsio* (10), e da Marciano, *communis sponsio civitatis* (11) il motivo, e la fiducia, che i cittadini, e il legislatore medesimo hanno riposta nella persona di coloro, che scelti sarebbono in seguito a decidere ne' diversi casi emergenti. Imperciocchè, attesa l' impossibilità di stabilire un codice certo, dalla cui semplice lettera quali contenente tutte le tante, e sì variate avventure, o azioni degli uomini, non dovessero quelli nè punto, nè poco dipartirsi, e volendosi ciò non ostante dare una norma fissa, e certa, a cui conformar si dovessero in ogni evento i giudizi, stimarono i saggi istitutori, e accettatori delle leggi civili di potersi riposare su l'integrità, sul discernimento, e su la religione di chi verrebbe incaricato di esigerne l' osservanza, e di punirne le trasgressioni, supplendo al difetto della lettera della legge col penetrarne il midollo, e lo spirito dedotto con una buona logica, e senza ingombro di malizia, o di passione, *sub auctoritate juris scientiæ*, giusta la frase di Paolo, e Celso, *ut ea parte*, come dice Aristotele (12), *qua legislator omisit, emendetur defectus* (13). Iddio ingiunse a Mosè, *elige tibi viros sapientes, et timentes Deum in quibus sit justitia, et oderint avaritiam, et costitues ex eis qui judicent populum* (14). Di sapienza adunque, e di timor di Dio, volle il divin legislatore, che forniti fossero i giudici forensi del popolo Ebreo. Nella sapienza s'inchiude la scien-

(10) *L. D de Legibus*
(11) *L 2 D eod tit*
(12) *Ethicor lib V cap. X*
(13) *L 13. D judicatum. solvi.*
(14) *Exod cap. 18*

za del diritto civile, come ce lo insegna Ulpiano (15), e Quintiliano (16) e usasi in fatto spesso tal vocabolo a significare la giurisprudenza (17). Nel timor di Dio ognuno intende la religione. Se un giudice adunque debb' essere, e giurisperito, e fornito di religione, non può ciò intendersi certamente, se non in riguardo all' uso dell' arbitrio concedutogli per ben applicare la legge al caso, e non il caso alla legge, e nel sostituire al difetto della lettera il proprio discernimento, non discompagnato del santo timor di Dio. *Quod legibus omissum est*, scrive il grande Papiniano, ornamento, e decoro già della corte di Settimio Severo, e vittima poscia dell' inumanissimo Caracalla, *non omittetur religione judicantium* (18). *Supplet prætor in eo, quod legi deest* (19), dice un altro testo; e Cicerone avvertì saggiamente, *ubi est sapientia iudicis? in hoc ut non solum quod possit; sed etiam quod debeat, ponderet, mentemque domet respectu honesti* (20). Un giudice limitato al solo letteral senso della legge, non ha d' uopo, nè di sapienza, nè di gran religione, sarebb' egli con un tal legamento un semplice materiale organo della voce del legislatore, nè potrebbe essere ingiusto, quando anche il volesse, dacchè la legge, e il senso lettarale di essa noto a tutti non gli lascerebbe luogo di declinare punto da essa.

La scienza della civile ragione fa sì, che il giudice sappia regolare il suo arbitrio giusta i principj, e i dettami della civile prudenza, penetrando lo spi-

(15) *L. 1. §. proinde D. de orig. iuris.*
(19) *Lib. 1. et lib. 7.*
(17) *Feud. 1. tit. 22. et Radevicus lib. 1. cap. 27.*
(18) *L. 13. D. de testibus.*
(19) *L. 4. D. de præscript. verb.*
(20) *In orat. pro Rabirio.*

rito delle leggi nell' oggetto, e fine del legislatore, e nell' analogia loro. La religione obbliga a seguire il giudizio infallibile della coscienza, rimovendo da sè ogni affezione dell' animo, e ogni prevenzione per le parti causanti; i quali due caratteri, i giureconsulti Romani comprendevano sotto il vocabolo, col quale leggiam bene spesso ne' testi del Romano diritto denominato la persona del giudice di *vir bonus*. *In proposita autem quæstiones arbitrium viri boni existimo sequendam esse* (21). Verulejo in due luoghi nominando il giudice, soggiunge, *idest ad virum bonum* (22), avvegnachè come insegna Ulpiano, *boni enim et innocentis viri officio eum* (il giudice) *fungi oportet* (23). Errarono perciò quegli interpreti, che pretesero distinta nel gius Romano la persona del giudice da quella, ch' ara detta *vir bonus*.

Noi qui non parliamo della podestà arbitraria di giudicare, ch' ebbero gli Efori nella repubblica Lacedemone, e i primi consoli di Roma, senza leggi precise, che li dirigesse. I pregiudizj, che derivarono da questo istituto, ridussero ben tosto e i Lacedemoni, e i Romani a stabilirle. Con che non tolsero già la necessità dell' arbitrio de' giudici, ma tolsero dell' arbitrio la libertà. Mi spiego. L' arbitrio, di cui noi trattiamo, è così detto impropriamente per difatto della lingua, che non sa trovare un vocabolo, che spiegar possa precisamente, e strettamente ciò, che noi intendiamo per arbitrio del giudice nel suo giusto e legittimo senso. Io lo direi invece podestà equitativa di giudicare nei casi non espressi

(21) *L.* 78 *D. pro socio, vide etiam l.* 58 § 1.
(22) *L.* 137 § 2 *D verbor oblig. et l.* 18
(23) *L* 4 § 1. *D famil. erciscund.*

dalla legge conformemente alla legge medesima, e alla giustizia. Ma siccome si studia tanto la precisione delle espressioni a delle definizioni oggidì anche a costo di rendersi enigmatico, misterioso, e oscuro, così questa mia definizione, o espressione un po' troppo prolissa, non gradirà forse al palato di qualche moderno compositore. A me non importa. Studio di rendermi chiaro, e intelligibile, e di non spatare oscuri ed enigmatici oracoli *ex tripode*.

Apparisce dal fin qui detto la vera idea, che dee aversi dell' arbitrio de' giudici, e quanto essa si scosti da quel dispotismo, che molti gli attribuiscono, chi per ignoranza, chi per dispiacere e insofferenza di sentenza riputata contraria al proprio desiderio e pretensione. Si confonde facilmente l' arbitrio di libera volontà, e affatto sciolto da ogni relazione e vincolo, con l' arbitrio, di cui si è qui trattato, e quello dell uomo isolato e indipendente con quello del cittadino, dalla società posto a governare, e giudicare secondo i principj della civile prudenza ed economia i suoi concittadini e fratelli. Parlando del primo arbitrio il testo Romano spiegasi promiscuamente colle espressioni di *sponte sua*, oppure *arbitrio suo*, (24) o almeno per altra guisa deducesi dal testo medesimo quell' arbitrio che io dico di volontà semplice e nuda; ma ove il testo intender vuole l' arbitrio, ch' io chiamerei di giustizia e di equità usa agli frasi più circoscritte e quasi condizionate, dicendo *si justum putaveris, si comprobaveris, si tibi videbitur*, o somiglianti altre, onde appare il supporre, che sempre fu regolato da un giusto e saggio intendimento, e da una retta e

(24) *L. 49. D famil erciscund l. 22 D. de ritib. nupt l. 1 cod si maj fact l. 42 D de jure dot*

disappassionata volontà l'arbitrio, a cui richiamasi (25), anzi ovunque il testo conferisce qualche cosa in arbitrio del giudice, *arbitrium*, dice sempre *viri boni, o viro bono commissum* (26). *Vir bonus* è colui solamente, che guarda, come abbiamo osservato, un esatta giustizia sotto il lume e la scorta di una non superficiale scienza e di una religione incorrotta, e che alle occasioni di dover arbitrare fassi a meditar seriamente non meno i dettami pratici della coscienza, che gli speculativi del naturale diritto e del positivo. Conchiudasi pertanto, che l'arbitrio, di cui qui si parla, dee prendersi in tutt' altro senso che della volgare intelligenza di questo vocabolo,

Persuadonsi alcuni, che un ordinario, e semplice buon senso senza gran perizia legale sia bastevole ad un giudice per adempiere i doveri del suo ufizio. Ma come può egli senza un buon capitale di dottrina sopraggiunto al buon senso con seria applicazione formarsi un tal sistema, onde ogni sua decisione, giustizia spiri, ed equità? Non si acquistano le necessarie cognizioni se non con lungo e intenso studio, al quale la sola religione può darne il più forte stimolo, con la premura di adempierne gli obblighi, e dal quale frutto insieme di probità e religione forza è che nasca nell' esercizio dell assunto impiego. *Sapientia præcedit*, disse però ottimamente Lattanzio, e dietro ad essa *religio sequitur*. Chi non ha appreso a ragionare, e filosofare da sè, ricorrerà per avventura ne' gravi dubbj, e nodi intricati a que' maestri di criminale giurisprudenza, che ampj trattati ne han lasciati alla poste-

(25) *L. 75 D. de legat. 1. l. 41. § 4. l. 46 D. de fidei com. lib. 3. § 3. et 4. D. de annuis legat. et saepius alibi*

(26) *L. 17 § 5 D. de usur. l. 30 D. de oper. libert. 6. pro socio l. 1. pr. D. de legat. 2.*

rità; ma come saprà egli distinguere le pure e limpide fonti da torbide sorgenti o miseri rigagnoli, od anche torrenti che con gran romore menan gran fango? Come comprendere, e applicare al suo uopo le altrui opinioni? E poi un servil giogo alla sola altrui autorità, è egli di riputazione convenevole ad un uomo posto in grado di pronunziare con definitiva sentenza i suoi partri? Scuote tal giogo una retta filosofia intenta ad indagare da sè, anzi che con lume incerto da altri preso in imprestito, il merito intrinseco delle cose. Una retta filosofia in dico, e quella intendo, che lungi da ogni ombra di empietà, e circoscritta dai doveri essenziali dell' uomo, e dalle massime inalterabili della religione, non può non essere utilissima a temporali vantaggi ancora della umana società. Sò pur troppo il danno, che recar possono non meno alla civile repubblica che alla religione santissima tanti liberi pensatori, che da rimoti paesi a noi tramandano certi strani loro principj e sistemi e fallacissime ipotesi da lor sognate; ma ciò non alla filosofia, ma al difetto anzi di essa in cotesti pretesti filosofanti dee, per mio avviso, attribuirsi. Poca filosofia, diceva in fatti il gran Bacone di Verulamio, conduce all incredulità, molta filosofia alla religione riconduce. E può ben credersi, che tal effetto abbia almeno nel di lui cuore prodotto quell' acume, ed eccellente sapere, di cui era dotato, comunque altri positivi documenti non ce ne rimangano.

Ora, per tornare in cammino, può parere a taluno, e parve infatti ad un consesso di persone rispettabili adunate a giudicare di cause criminali, che il principio da me poc' anzi impugnato siasi adottato dall' autore de delitti e delle pene laddove dice che » un semplice ed ordinario buon senso sia meno

» fallace, che il sapere di un giudice assuefatto a
» voler trovare rei, che tutto riduce ad un sistema
» fattizio imprestato da' suoi studj. Felice quella
» nazione dove le leggi non fossero una scienza ».
Al riferirsi di questo paragrafo non mancò chi si
fece ad esclamare: potrà egli dunque un rozzo con-
tadinello meglio che un uomo assennato, e dotto,
decidere le più intricate materie, che nella vita ci-
vile avviluppansi, giudicare dell' applicazione della
legge al caso, dedurre lo spirito di essa, dove il senso
letterale non è bastevolmente chiaro? A che prò il-
lustri Monarchi promotori delle scienze l' attenzion
vostra a formare in giurisprudenza uomini utili allo
stato, cui impiegare poi a giudicare le cause, e a
purgar le provincie da facinorosi? Se lo studio della
giurisprudenza è fallace assai più dell' ignoranza,
che più si tarda a proscriverlo, non solamente come
inutile, ma come pregiudizievole? Una tal dottrina
appena ammetterebbesi in Costantinopoli, e in Ispa-
han, in seno all' Asiatico dispotismo, ove la legge
è la mera passeggiera volontà di chi presiede, e co-
manda. Gli Asiatici stessi sarebbero secondo essa
felici, nonostante il barbaro, il crudele, e il tiran-
nico dispotismo, con cui sono avviliti, e oppressi.
Piano, signori, diss' io, qui prendesi abbaglio di
leggieri intorno alla mente di uno scrittore da alcune
parole interpretandole stralciate da tutto il contesto.
L' autor citato non intende di dire, che basti il sem-
plice, e ordinario buon senso per giudicare, ma soltan-
to per accertare il fatto criminoso nel cercare le prove,
e presentarne il risultato di esse, affinchè il giudice
in seguito formar possa il suo giudizio. In questo
senso non è riprensibile la proposizione dell' autore,
e non si può disconvenire, che sia meno pericoloso
il sistema di giudicare di un fatto per sentimento,

che quello di giudicare per opinione, intendendo per sentimento quello, con cui parla la ragione naturale, e per opinione quello in cui regna troppo spesso il pregiudizio, e il fanatismo. Per opinione nel senso addotto si giudica in quei tribunali, dove l'interesse suggerisce sistemi, e fa cercar fautori, co' quali trovar delitti anche dove non sono, dove l'impegno è di far criminoso un fatto, ancorchè non lo sia. La imperfezione dell' umana legislazione, che ci toglie assolutamente, come abbiamo osservato poc' anzi, la possibilità di veder ridotte le leggi a un tal grado di chiarezza, e di precisione, onde basti il suo letterale senso, e onde non abbisognino di alcuna scienza, coll ajuto della quale far di esse un giusto, e retto uso, fa veramente che in astratto, soltanto figurar ci possiamo la felicità di una nazione, in cui sì fatte leggi vi fossero. Ma che! Il divagare la fantasia in semplici chimere di felicità impossibili, non serve, che a rendersi più infelici con renderci amari i momenti della felicità possibile, e a farci perdere di mira que' mezzi, co' quali procurarci quella tranquillità, e bene, che può essere ragionevolmente sperabile nello stato nostro.

Nel supposto astratto, e impossibile di una nazione formata di leggi sì chiare, e precise, onde al giudice bastar debba di seguirne il senso letterale, certamente che bastar potrebbe il semplice, e ordinario buon senso di un uomo anche idiota per giudicare, e decidere in ogni quistione di fatto, e di diritto; ma nulla giova il piantar sistemi nuovi sopra ipotesi immaginarie, e vane per spargere semi di verità, e per dare giuste idee di riforma. Chi vuol seminare per cavar frutto getta un seme, di cui sia capace il terreno, e nol getta in un terreno infecondo. La scienza del politico non dovreb-

be consistere, che in trovare il vero punto possibile, su cui stabilire la felicità di una nazione senza perdersi in vani progetti di lor natura impraticabili. Certe proposizioni troppo astratte sebbene nel loro oggetto fantastico, e immaginario possano essere giuste, e vere; trasportate, e applicate al caso pratico non servono, che a empire di pregiudizj la mente di chi non è capace d' intendere il principio, e l' oggetto di esse. Così è avvenuto rispetto alla proposizione qui avanti accennata. Molti hanno creduto, che l'autore spacci per pregiudizio lo studio tutto della giurisprudenza senza por mente ch' egli primieramente discorre su l' ipotesi della possibilità di un codice di leggi sì chiare, e precise, che non abbisogino d'interpretazione, e per conseguenza di quella scienza, che c' insegna il retto modo d' interpretarle, e d' intenderne il giusto senso; in secondo luogo, che il lodato autore intenda meno pericolosa l' ignoranza, che la giurisprudenza criminale appresa soltanto dai farraginosi chiosatori, commentatori, e compilatori, la moltitudine de' quali non ha cagionato minor male degli empirici, metodici, e Galenici nella scienza di Ippocrate. Massimamente avvenendo non di rado, che opinioni da quelli temperate con opportune clausule, e condizioni, e bevute a sorso passino da chi non le esamina minutamente a trasmutarsi in vero errore, estraendo così quasi da salutari medicine veleno mortifero. Ma se si tratta di un vero giureconsulto, di uno che dopo avere seriamente studiato sul codice dell' umanità, su la costituzione dell' umana natura, a sul fine, su i fondamenti, e li vincoli della vita sociale, si sia istruito delle civili leggi, e del giusto senso delle medesime colla scorta della ragione, e non della semplice autorità, questi sarà certamente, e dal lodato autore, e da ogni altro giu-

sto estimatore riputato l'uomo degnissimo di essere il custode alla esecuzion vigilante delle sante leggi senza temere i pericoli del potere di lui arbitrario, sarà il legittimo organo di quella voce veneranda, che detta a ciascun cittadino i precetti di ragion pubblica, e privata. Si fatti uomini meritarono presso i Romani il rispettabile nome di *patroni*, come se i clienti non dovessero loro essere meno obbligati di quello, che i liberti ai donatori della loro libertà.

§. XXXVIII.

Delle capricciose idee intorno l'equità.

Abbiamo trattato dell'arbitrio del giudice, e veduta la necessità di esso per ben dedurre, e penetrare lo spirito della legge per supplire ai difetti inseparabili dalla legislazione umana, e applicare la legge al caso, il che tutto far dee il giudice secondo i principj dell'equità giusta il detto di Aristotele, che *aequitas est correctio juris legitimi ex parte qua deficit ob universale* (1), e dovendo in seguito dimostrare, che giudicar si debbian le cause criminali, anzi che col rigore della legge, col temperamento dell'equità, converrà dar un saggio dei pregiudizj, che intorno la vera idea dell'equità prevalgono presso certuni sedotti da dottrina di autori vissuti già in credito, e non pertanto poco conformi, siccome a me ne pare, alla verità.

Fra gl'interpreti della Romana giurisprudenza si è disputato, e si disputa ancora, se dar si possa equità scritta. Si può dar più vana, e inutile qui-

(1) *Ethic. cap. IV. lib. V.*

stione? Fra quelli, che seguono l'affermativa, evvi il dotto Giorgio Adamo Struvio (a), che fa di ciò il soggetto di un trattato singolare, quasi che essa sia cosa troppo interessante lo studio legale. Ma che prò nell'incagliare in ricerche di tanto poca importanza, e che servono solo di pascolo ad oziose dicerie, e nulla all'intelletto? Lascinsi simiglianti intertenimenti all'oramai polveroso, e abbandonato Peripato. A dir tuttavia alcuna cosa in breve, .

O l'equità riguarda il diritto di natura, o il diritto positivo. Se il primo, questo non è, che una legge, secondo la frase di Cicerone nell'orazion sua per Milone, *non scripta, sed nata, quam non didicimus, legimus, accepimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti, sed facti, non instituti sed imbuti sumus.*

Legge, che all' opre oneste il mondo istrusse,
Anco allorchè vestia pelle ferina
E gli avi erranti in società ridusse.

Come cantò il Cavaliere Anton Filippo Adami celebre filosofo, e poeta: legge adunque anteriore ad ogni fatto umano, e civile istituzione: legge scolpita nel nostro interno dalle mani medesime della natura. L'equità adunque, che riguarda una tal legge, è una virtù, che sorge dai principj di questa legge medesima. Quindi non fa bisogno di scrittura materiale, che ce la intimi. Ma tanto potrà scriversi di essa, quanto dei dettami di quella legge naturale, da cui dipende, e deriva.

Se l'equità riguarda il diritto positivo, o que-

(a) *Exercitat. ad Pandect. exercit. 2. thes. 44.*

sta si attribuisce alla legge medesima positiva, riconoscendola conforme all'equità naturale, o riguarda la maniera d'interpretarla, dov'essa è oscura, o mancar sembri per avventura, o manchi di fatto. Nel primo caso dicesi una legge fondata su l'equità quella, che non può essere come dura, e inclemente accusata, e che perciò non abbisogna d'altre comuni regole di equità, con cui interpretarla, correggerla, o limitarla. Nel secondo caso dicesi un'interpretazione equa quella, ch'è appoggiata alle regole della sana arte ermeneutica, o sia di quella che appunto chiamiamo equità naturale, di cui daremo quindi a poco la definizione. Ora se può un autore privato darmi in caso dubbio una probabile dottrinale interpretazione, o limitazione di una legge; perchè non potrà far questo stesso autenticamente il legislatore medesimo con espressa sua dichiarazione, e legge?

Passo ora a ciò, che ho promesso, e dico che l'equità è una *virtù intellettuale combinata da certi principj pratici di prudenza, e di giustizia accomodati alle circostanze dei fatti, e del tempo, e ragionati su i dettami della natural legge.*

A fare pertanto un giusto uso di essa conviene, che colui, che dee servirsene a bene, e regolamento della civile società, scevro sia di que' pregiudizj, che sono di ostacolo per ben penetrare la genuina indole da noi qui descritta, poichè dissero ottimamente Paolo, e Celso venerandi oracoli della giurisprudenza Romana, che *in genere quæstionum de æquo, et bono, plerumque sub auctoritate juris scientiæ perniciose erratur* (3).

Ma quali sono questi pregiudizj, che sotto la speciosa autorità di giurisprudenza fanno travedere

(3) *L. 3. D. judicatum solvi.*

nel distinguere i caratteri della vara, e non mentita equità? Tali sono l'ignoranza intorno il primo codice della umanità, fonte, e origine di ogni legge; la cattiva logica fondata sopra un confuso, e tumultuario risultato di nozioni, che ingombrano, non illuminano la mente; quella ostinata, e superstiziosa prevenzione per la già abbracciate, e imbevute opinioni, e ipotesi, per cui antepongasi l'autorità alla ragione, e quasi non sappiasi credere, che anche que'venerabili antesignani della scienza legale, i quali avidamente si leggono a inarcate ciglia potessero errare, e finalmente anche una certa scrupolosa, e profonda venerazione, in cui si tengono da alcuni come tanti infallibili oracoli, tutti gli apici delle leggi Romane, benchè anch'esse pecchino a luogo a luogo, o per guasta filosofia de'loro autori, o per mancanza di accuratezza ne'loro compilatori.

Ecco come, e d'onde nascano le capricciose idee intorno l'equità. Fatta gioco del capriccio, ciascuno secondo i proprj pregiudizj se la figura, e la dipinge ad altrui, siccome i pittori si figurano a loro talento, e dipingono gli abiti de' nostri primi padri. Una legge pertanto chiara, quanto esser possa nella sua lettera, non può sfuggire le sottigliezze, e i sofismi di costoro, ai quali sembra, che ogni legge, non conforme al loro modo di pensare, sia iniqua, e quindi invece di misurare il caso dalla legge, misurano questa dal caso, divisato da essi secondo il singolare lor modo d'intendere.

Ogni legge chiara, e che nel letterel suo senso non ammetta un'aperta, e solenne iniquità, deesi dire equa, e per tale osservarsi. Non è, che l'oscurità, ed ambiguità della legge, che tale sia per sè stessa, o per le circostanze del fatto, a cui dee applicarsi, quella che obblighi per una necessità trop-

po frequente nell' umana legislazione all' interpretazione. Chi sarà pertanto il legittimo interprete della legge? Se noi parliamo di una oscurità, e ambiguità assoluta, di cui la legge pecchi in sè stessa, io convengo di buon grado coll'autore del libro *dei delitti, e delle pene, che ciò spettar debba* al Sovrano, ma sotto diverso motivo, vale a dire, pintosto come *legge viva, e spirante*, che egli è, *utpote viva spiransque lex*, secondo la frase di un Greco oratore riferita dal Puffendorfio (4), che come depositario delle attuali volontà di tutti, come si esprime il succennato autore; avvegnachè la volontà del sovrano, e la legge, a cui s'è obbligata la società e non la volontà de' sudditi, quasi sia di essa il sovrano un semplice esecutore. Le leggi non furono già un prodotto del capriccio de' popoli, se noi parliamo sistemati, e colti, e se prescindiamo da certi singolari periodi di violenza, e prepotenza, come furono i tempi di Mario, e Silla nella repubblica Romana; ma sono certe convenzioni, e regole dettate dalla necessità e dalla ragione per mezzo di qualche saggio, e illuminato uomo, e consesso impiegato a unire i diritti ai doveri, e a ricondurre la giustizia al suo oggetto. Allorchè l' autorità legislativa è unita al potere sovrano, la volontà generale si trova concentrata colla volontà particolare di colui, o di quel consesso rivestito di ambidue i diritti, e legislativo, e sovrano, perchè aver possano più attività, e più forza. Ora questa volontà particolare, in quanto in sè comprende la volontà generale, produce le leggi, che giudica utili allo stato, non come semplice depositaria, ma come madre intenta al bene de' suoi figliuoli. Un popolo, o si obblighi di accettare quelle leggi, che da

(4) *De jure nat. et gen. lib. VIII cap.* 3. §. 17.

un certo capo, o consesso gli verranno date, o le accetti poscia che gli furono proposte, e progettate, sebbena nella fiducia avuta a questo riguardo in quel tal capo, o consesso, sembra aver egli depositata in esso la volontà di tutti i suoi individui, tuttavia egli non accetta, e riceve le leggi, come derivate dalla propria volontà depositata, ma come un parto della saggia mente di colui, in cui aveva fissata la sua fiducia. Sparta, e Atene riconobbero le loro leggi, la prima da Licurgo, e la seconda da Solone, non già come depositarj della volontà di tutti gli Spartani, e di tutti gli Ateniesi, ma come persone illuminate, che giudicarono capaci di dar loro le leggi, adottate poi dalla repubblica, e fatte sue con podestà d' interpretarle, migliorarle, e mutarle. Imperocchè il legislatore non è come un architetto, cui basti aver dato il piano di una fabbrica, senza che necessario sia, ch'egli in seguito debba ulteriormente impiegarvisi, acciocchè quello sia messo in esecuzione per perfezionarlo, e dilucidarlo. La previdenza umana nella legislazione ha troppo ristretti confini, onde sperare un sistema assoluto, certo, chiaro, e sì preciso, che non abbisogni di ulteriore provvedimento per la sua esecuzione; quindi fu necessario rivestire il sovrano non meno della autorità esecutiva, della legislativa ancora, affinchè potesse correggere, supplire, aggiungere, e variare nelle leggi giusta il pubblico vantaggio, e il bene dello stato. Perciò posta una legge oscura in se stessa, e ambigua tocca al sovrano d'interpretarla, come persona, in cui il popolo ha riposta la sua fiducia, perchè bene lo guidi, e lo diriga, e non come un organo materiale, in cui tutti gl' individui abbiano depositate le loro voci, affinchè all' occasione le faccia sentire, e risuonare all intorno.

Ritorniamo sul proposito d'onde mi sono forse di soverchio dipartito per divagarmi in una quistione, che richiede migliore opportunità per essere trattata a dovere, e secondo l'importanza della materia in tutta la sua estensione. Se l'oscurità, e ambiguità della legge non è che relativa al caso emergente, non abbisognando, che di un decreto, o sentenza, che giudichi del modo di applicarla a quel caso particolare, allora spetterà all'officio del giudice, e del magistrato il rilevare il senso della legge, consultarne lo spirito, e interpretarla secondo i principj dell'equità, *est enim æquitas duplex intrinseca, una, quæ rigorem legis scriptæ ex mente legis, et facti circumstantiis temperat, et inflectit, et hæc æquitas ad officium judicis pertinet, altera extrinseca, quæ obversa fronte cum jure committatur, et non a verbis solum, sed etiam a sententia scriptæ legis aliena est. Hæc solius principis majestati reservatur* (5).

Questa distinzione di equità intrinseca, ed estrinseca, che si trae pure da testi del Romano diritto (6), assai bene istruisce, ove all'officio del principe, e ove a quello del giudice spettar debba l'interpretare la legge; ma che al giudice spesso spettar possa il diritto d'interpretare le leggi, dimostrasi da moltissimi testi delle Romane leggi. Noi leggiamo frequentemente in essa inculcato ai giudici di avere avanti gli occhi l'equità, e che, ove essa lo esiga, possano recedere, e declinare dalle solenni, e nude parole, e dalli apici del rigore del diritto. Ulpiano dice (7) *et generaliter puto judicem justum,*

(5) *Thomas de æquitate cerebrina c. 1. §. XIII.*

(6) *Vide Huberum prælect. jur. civil. lib. 1. p. 11. §. 322. ect*

(7) *L. 14. §. 13. D. de relig.*

non merum judiciorum gestorum actionem imitari, sed solutius æquitatem sequi, cum et hoc, et actionis natura indulget. Gli Imperatori Costantino e Licinio rescrissero chiaramente, che, *placuit in omnibus rebus precipuam esse justitiæ, æquitatisque, quam stricti juris rationem*. (8) *Perspiciendum est*, ne viene in seguito la dottrina di Marciano, *judicanti, ne quid aut durius, aut remissius constituatur, quam causa deposcit, nec enim severitatis, aut clementiæ gloria affectanda est, sed perpenso judicio prout quæque res expostulat, statuendum est. Plane in levioribus causis proniores ad lenitatem judices esse debent, in gravioribus severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi* (9). La qual dottrina di Marciano va analoga con quelle varie, e diverse leggi, e novelle, che nel corpo del diritto Giustinianeo si riscontrano anche di spesso, per le quali è permesso al giudice sorpassare le leggi, e gli statuti per qualche ragionevole motivo fondato su la natural equità. Disse prima di tutti Platone, che *est boni judicis easdem leges ad singularia hominum facta prudenter pro variis circumstantiis applicare, et accommodare* (10). Ecco adunque, che il giudice frequentemente può essere un legittimo interprete delle leggi, e non una semplice quasi inanimata macchina destinata ad eseguire appuntino, e nel loro letterale, e materiale senso le leggi, come lo vorrebbe il nostro autore preceduto dal *Montesquieu* (11). Noi abbiamo veduto dedotta dalla natura stessa delle umane leggi la necessità del diritto del giudice d' interpretare den-

(8) *L. 8. Cod. de judicus.*
(9) *L. 11. D. de pœnis.*
(10) *De legibus lib. 9.*
(11) *Esprit. des lois liv. 2. chap. VI.*

tro certi limiti le leggi, e insieme dimostrato questo diritto dall' intenzione del legislatore medesimo.

Esaminiamo ora partitamente i pregiudizj di sopra accennati, dai quali derivano le capricciose idee della mentita equità. Primieramente si è detto, che tal' è l' ignoranza intorno il codice dell' umanità. Quanto questa ignoranza sia di pregiudizio a questo riguardo ognuno lo comprenderà da ciò, che si è detto qui avanti, dove di proposito si è trattato della necessità dello studio sul diritto di natura; nè altro vuol qui aggiungersi su questo particolare.

Nè anche la cattiva logica ha bisogno di dimostrazione per provarla fatale all' oggetto di formare sistemi di equità nella intelligenza delle leggi, e nelle giudiziarie procedure. Un retto raziocinio, il qual certo non è stato assai famigliare a molti antichi interpreti, glossatori, e consulenti; un retto raziocinio io dico, con cui indagare, e svolger la mente del legislatore, e applicarla alle circostanze del caso di cui hassi a giudicare, è l' unica scorta, e la chiave sicura per aprire, e accertare con giusta interpretazione il vero, e genuino senso delle leggi. Ma tal facoltà di raziocinare può essa aversi alla mano, dove troppo importa di farne uso da chi collo studio non l' abbia appresa di buona dialettica, e con lunga esercizio coltivata, anzi che perdere il suo tempo in isfogliare polverosi tomi in gran cuojo legati, e a vana ostentazione, e riempitura collocati in una legale Biblioteca? Antonio Fabro, ornamento dell' Italiana scuola di giurisprudenza, benchè abbia forse estesa più in là del dovere la censoria sua penna, non può negarsi però, che molti errori, e capricciose, e non sussistenti idee de' nostri prammatici intorno all' equità non abbia messo in veduta in una eruditissima sua opera su questo argomento.

L'ostinata, e superstiziosa prevenzione per le già abbracciate, e imbevute opinioni, a ipotesi, volendo soggettata all'autorità la ragione è pure un gravissimo pregiudizio, che ha tenuto in disprezzo presso li uomini pensatori, e filosofi, la giurisprudenza forense, e cha fu deplorato con energia dal poc'anzi citato Antonio Fabro. Non v'ha cosa più miserabile, a sciocca, dic'egli (12), *quam quid quisque dixerit, quærere, et curare. Fecit tamen sæculi nostri infelicitas, et imperitia, ut doctorum nostrorum vulgus laboret in eo investigando, quod ab aliis frequentiore calamo traditum, et probatum est; negligat vero scire, quod tradendum fuerit, et probandum, adeo ut misero litigatori parum hodie prosit, quod pro se habeat expressam Papiniani sententiam, si frequentior imperitorum schola a Papiniano dissentiat.* In prova della quale eccessiva estimazione, in cui avevansi già nel foro le sentenze de' giurisperiti, e de'semplici chiosatori, sentiamo qual, che ne scrive Raffaelle Fulgosio, riferendo una bestemmia, dirò così, quasi fosse un aureo detto di Cino da Pistoja; *nostis quanta sit auctoritas glossatoris, nam heri dixit Cynus glossam timendam propter præscriptionem idololatricam per advocatos significans, quod sicut antiqui adorabant idola pro diis, ita et avvocati adorent glossatores pro Evangelistis; vulo enim pro me potius glossatorem, quam textum* (13). Si può sentire di peggio? Ma lasciamo le esclamazioni. Tal indiscreta deferenza, e venerazione, che abbiasi per altri, fa, cha se quelli hanno errato, (ciò ch'è tanto facile ad avvenire anche ad uomini rispettabili per

(12) *Jurisprudentiæ Papinianæ scentia ad instit. ord. efform tit, 1 princip II*
(13) *In l. si solutum 6. Cod. de oblig. et action.*

ingegno e per sapere) molti lor vengan dietro, e cadano nello stesso errore, col numero, e autorità de' quali senza lasciar d'esser men falso, diveoga l'errore stesso viepiù accreditato. Per tal maniera sonosi intruse nella giurisprudenza, e in molte opere ne'professori di essa tante strane, e insusistenti opinioni, che Antonio Mureto tra gli altri in una elegante sua orazione loro oppone, e rimprovara. Voglionsi dunque le opinioni a riconoscerne l'equità non col numero, e l'autorità bilanciare de' loro sostenitori, me con la ragione, che sola da loro l'intrieseco peso, e valore. Io non la finirei mai, se volessi accingermi ad addurre esempj, oltre che questi si ritrovano addotti da molti de' nostri moderni, e singolarmente da coloro, che hanno preso ad impugnare gli errori de'nostri prammatici, nè qui è il luogo, ove debba diffondermi più oltre su di un tal argomento.

Anche una certa *scrupolosa, e profonda venerazione, in cui si tengono come tanti infallibili oracoli, tutte le leggi Romane,* ella è niente meno un pregiudizio, che da Giovanni Mercerio (14) è denominato superstizione, e dal Bacovio (15) preceduto dal Cujacio *eresia puerile*, il quale può far formare dell'equità capricciose, e storte idee. Comunque esse sieno per la maggior parte, e debbano però dirsi generalmente parlando rispettabilissime; molti valenti uomini han osservato non poche sofisticherie, vane sottighezze, ridicole ragioni, e chimeriche decisioni, che in esse contengonsi intorno ai testamenti e ultime volontà singolarmente (16).

(14) *In Conciliatore pag* 11.
(15) *Ad Treutler vol.* 11 *disp* 13. *thes* 4.
(16) *Vide Schultes exercit* 38 § 79 *cum seq*, *et* § *eos*, *et exercit* 8 § 38. *cum seq Bynckers observ jur Roman etc. lib.* 4. *cap.* 10 § 8 *et alibi Stryckius de cautelis.*

e alla ragione, e ai modi di acquistare il dominio delle cose; veggasi quel che ne han detto il Tommasio, il Gundlingio, il Barbeiracio, ed altri (17). Sembra a me certo, che solo da storti principj provengano quelle dottrine, che i giureconsulti Romani ci lasciarono intorno ai contratti, *bonæ fidei, et stricti juris* (18). Non m' inoltro in più lunga enumerazione, poichè altri hanno già felicemente, ed eruditamente occupata questa provincia. Dirò qui solo non potersi negare quel, che parlando de' testi del Romano diritto ne dice l' erudito Antonio Mattei (19), *sæpe numero odiosas ac inertes rationes invenies, quæ vel duntaxat ad ornatum spectent, vel bis idem inculcent, vel a sententia proposita penitus alienæ videantur, denique tales sint, ut non immerito rationem in ratione desideres.* Il metodo usato, o voluto da Giustiniano nel far compilare i suoi digesti, e il suo codice, è poi quello, a dire il vero, per cui incorrono le predette, ed altre taccie la Romane leggi. Odasi come ne parla l' Alciati (20). *Scribat Justinianus, quantum velit, glorieturque suos hosce libros causarum negotiorumque decisionibus satis esse. Res ipsa plane reclamat, nemoque civilis professionis candidatus est, qui aperte non videat, innumerabiles dubitationes ex facto oriri, quas nisi omnino Ædipus sit ex suarum legum sylva decidere nemo unus possit.* Molte leggi v' hanno inoltre in questa raccolta fra se contrarie, come hanno fatto vedere, e toccare con mano

(17) *Thomas dissert de pretio affect in res fungib non caden. gundling in Prelatio*

(18) *Vide Boemer dissert de contractu bonae fidei, et stricti jus, et in tract etc de action in princ.*

(19) *Colleg jur disput 10*

(20) *In titul D de verborum significat*

molti e segnatamente Gerardo Noodt chiarissimo professore dell' università di Leiden nella eruditissima sua opera legale intitolata, *Probabilia juris*, e anche in varie altre, così conchiudendo *miror, non esse observatum a viris doctis, qui alioquin optime habuere compertum id, quod res est, omne pene jus nostrum constare centonibus, in quibus pleraque compluribus locis, sed non eadem peracque dexteritate tradita, chimeras continent inextricabiles* (21).

Il solo diritto Giustinianeo adunque non è bastevole per sè stesso a formare dell'equità giuste ed adequate idee, quando col lume della storia, e di una sana critica non si procuri di farne uso, e di ben rilevare il suo genuino spirito. Parlando particolarmente dei digesti, non possono così facilmente discernersi i principj differenti di setta filosofica, su i quali hanno i rispettivi autori scritto. Imperocchè erano veramente la maggior parte de'Romani giureconsulti addetti alla stoa, ma molti ancora eran quelli, che seguivano la dottrina, e le massime di altre filosofiche scuole, che allora erano in stima, come intendo di dimostrare in altra mia opera, che ha per titolo: *Saggio di storia critica intorno le leggi, e il gius Romano avanti Giustiniano*, la quale scrissi per mio studioso sottentenimento, e la quale spero di poter dare alla luce, quando ozio, e agio me ne concedano le varie mie cure, e circostanze.

Non saprei però adottare la massima di certo moderno, il quale in una sua mal digerita riforma con lunga diceria si sforza di provare l'inutilità non solo, ma il danno, che ne ridonda alla vera giuri-

(21) *Probab juris lib. 1 cap. 2.*

aprudenza dal corpo del gius Giustinianeo, e quindi va inutilmente sfiatandosi per eccitare l' Italia a proscriverlo, se non anche a condannarlo alle fiamme, come già fece Lutero del corpo del gius Canonico con ridicolo non meno che empio entusiasmo. Ha egli il gius Giustinianeo i suoi pregi intrinseci, che esaminati da un dotto, e penetrante giurisprudente, possono essere di grande vantaggio, e utilità, a formare un giusto sistema di giurisprudenza civile, e a rilevare i principj di quella giustizia universale che deriva dalla sola ragione; ma questo il possiamo noi sperare dal mero, e crudo studio forense?

§. XXXIX.

Se debbasi nelle cause criminali giudicar col rigor della legge, o col temperamento dell' equità.

Poichè mi sono sforzato di dimostrare, che il giudice abbia diritto di poter temperare coll' equità il rigore delle leggi, restami di provare, se sia in arbitrio del giudice l' attenersi al rigore delle leggi, oppure usare del suo diritto di temperamento coll' equità.

Distinguere mi conviene primieramente il vocabolo di rigor della legge; o sotto di esso intendesi una nota di severità ingiusta, e odiosa, che risulterebbe alla legge, applicandola al caso concreto; oppure per rigore della legge, vuolsi intendere una certa precisa regola inalterabile, inflessibile, e stabilita dalla necessità, e dalla pubblica ragione, ed economia, cosicchè sarebbe annichilarla, volendo applicarvi qualunque moderazione. Quando è tale il rigor della legge, altro non può dirsi, che quel

di Ulpiano (1), *quod quidem perquam durum est, sed tamen lex ita scripta est*. Il rigor della legge nel primo senso accennato è quel solo, che è suscettibile di un equo temperamento, il quale però ha luogo per lo più nelle leggi criminali, che sono il soggetto principale di quest' opera.

Nelle cause puramente civili non ha il giudice arbitrio alcuno. La ragione è chiara. Trattasi in esse di aggiudicare a ciascheduno il suo, ossia ciò, che ciascheduno con chiari documenti prova essere di suo diritto. Il dare a ciascheduno quel che è suo, è legge di natura, dalla quale non è mai lecito il dipartirsi, non potendo mai essere se non iniquo quel che ad una tal legge è contrario. Il legislatore medesimo altro arbitrio non ha intorno a ciò, che è diritto naturale, se non di aggiungervi, o non aggiungervi la legge positiva, affine principalmente di punirne la trasgressione. Nelle cause criminali si tratta della pena da imporsi al criminoso. Nessuna determinatamente almeno ne impone la legge naturale, com' è manifesto; e all' arbitrio spetta però dell' umano legislatore il determinarla. Questi, che come uomo non può prevedere le mille, e mille diversissime circostanze, che possono accompagnare l' azion criminosa, e accrescerne, o diminuirne la malizia, e quand' anche le prevedesse, non potrebbe se non con infinite diverse leggi stabilire a ciascuna la pena corrispondente, è ben ragionevole a credersi, che pe' casi particolari siasi rimesso all' arbitrio de' giudici, a' quali appartenesse il determinare più in individuo la qualità, e quantità della pena, moderando il rigor della legge co' principj di una discreta equità.

La giurisprudenza Romana conobbe la neces-

(1) *L* 12 § 1 *D qui, et a quibus manumitt.*

sità, che un giudice attender dovesse nelle causa criminali, anzi che al rigur della legge, al temperamento dell'equità. Quindi abbiamo da Ulpiano (2), che, *æquitatem ante oculos habere debet judex*; da Ermogeniano, che *interpretatione legum pœnæ molliendæ sunt potius quam asperandæ* (3), e da Giulio Paolo fra le regole legali, e le sentenze ricevute, che, *in omnibus quidem, maxime tamen in jure æquitas spectanda est* (4). Quindi pure l'avviso di Seneca, a chi ha la podestà di punire (5), *cogitandum non quantum ille pati possit, sed quantum tibi permittit æqui bonique natura*. Cassiodoro anche egli quell' illustra, e dotto cancelliere di Teodorico Re de' Goti, in mezzo a quei tempi di barbarie, e di crudaltà, lasciò per avvertimento a'giudici, *illa magis dilige, quæ æquitatis jura commendant*, e in altro luogo parlando delle pene, *arma ista juris sunt, non furoris. Hæc ostentatio nimirum est contra noxios instituta, ut plus terror corrigat, quam pœna consumat. Laudabilis res est*, rescrisse pure l' Imperatore dell' Oriente Leone in una sua novella costituzione (6). *legitima castigatio, quando legibus convenientem servat clementiam, nec castigandi prætextu crudeliorem se exhibet*, ed ecco la ragione di un vero da tante autorità appoggiato scopertaci, s' io non erro, in poche parole da S. Agostino. *In angusto*, dice egli, *posita est perfecta justitia*. Perfetta giustizia (quella singolarmente io intendo, che alla decisione appartiene dalle cause

(2) *L. 44. D. de eo quod certo loco.*
(3) *L. 42. D. de pœnis.*
(4) *L. 90. D. de regulis juris.*
(5) *De clementia lib. 1. cap. 18.*
(6) *Novell. Leon. 101.*
(7) *Novell. 8. tit. 3.*

criminali) non è sempre chiara, e facile a conoscersi; anzi sovente in oscure tanto, ed anguste, e sottili, e minime differenze, è riposta in angoli sì acuti, dirò così, e poco sensibili, che sfugge le viste più ferme, e più penetranti; onde come prosegue a dire il Santo Dottore, quando volendo per passione, quando non volendo ancora, *volentes, nolentes multum errant, qui judicant* (8). Qual sarà adunque il dovere di un giudice sensibile alle voci dell' umanità, e più anche a quella della religione? Per paura di urtare nell'estremo sinistro di un soverchio rigore, piegar con forza alla destra, e propendere alla clemenza giusta l'avviso bellissimo di S. Gio. Grisostomo, *si erramus, non ne melius est propter misericordiam rationem dare, quam propter crudelitatem?*

Un riflesso opportunissimo a stabilire questa massima, che nelle controversie, di cui parliamo, giudicar debbasi piuttosto col temperamento dell'equità, che col rigor della legge, è quello pure, che molte leggi criminali sono state stabilite in tempi, ne' quali la necessità del ben pubblico, e della politica economia richiedeva maggior rigore nella imposizione delle pene, la qual necessità col cangiarsi de' tempi, delle costumanze, della religione, e della polizia, venendo in seguito a mancare, nè perciò essendo state riformate le dette leggi, è necessario, che se ne ammollisca pur alquanto l'uso, e si attempri il più, che si può, alla condizione, ed all' indole, dirò così, della stagione. Su tal riflesso infatti non isfuggirono i Romani decemviri il rimprovero di molti per avere adottata la severità delle pene stabilite già dagli antichi re, poichè potevano ben esse, di-

(8) *De temp* 103.

cevasi, saggiamente istituirsi a tenere in dovere un popolo composto di schiavi fuggitivi, e d' ogni più vile, e scapestrata ciurmaglia, ma una repubblica si ripulita già ne' suoi costumi, un popolo sì incivilito, com' è al presente, più non voglion trattarsi con tanta asprezza.

Rimediò la Romana prudenza a questo inconveniente, con dare a' magistrati, e singolarmente a' pretori la facoltà d' interpretare le leggi secondo i dettami di una giusta equità.

Un altro pratico riflesso è da farsi, ed è questo. Hanno varie provincie, e città, statuti loro particolari scritti, già per avventura da più secoli, nè mai riformati. Questi (prescindendo qui da altri fatti, de' quali parlano, e intorno a' quali rilevar si potrebbe, se non la stessa almen somigliante difficoltà, a quella che soggiungo) questi, dico, qualificano il furto, come meritevole di grave pena, ed anche della morte, prendendone la misura da certa precisa somma di danaro, al cui valore giunga il danno recato dal ladro. Tal somma doveva essere ben considerabile a que' tempi, in cui lo statuto fu scritto, e adottato, quando il danaro tanto era più prezioso, quanto più scarso; ed è somma picciolissima a' nostri di, quando il danaro è più abbondante; e il valore di esso però, in quanto è prezzo delle cose poste nell' umano commercio, tanto descresce più, quanto più cresce la valuta delle monete spendibili, montate in oggi a un corso sì esorbitante. Si giudichi dunque, e si mandi a morte un infelice, che ha rubato, quanto è al presente il misero denaruzzo tassato dalla legge per venire a tal condanna. Dov' è la giustizia, dira ognuno? così è, non v' ha giustizia propriamente, dove non è equità. Questa dal dettame immediatamente dipende della

legge naturale, la quale deva dar norma ad ogni legge positiva, affinchè sia giusta, e abbia forza di obbligare; *ratio naturalis quasi lex quædam tacita.* Altro non è ogni vero diritto di giustizia, che un arte di regolare li pubblici, e privati affari, secondo ciò, che buono, ed equo apparisce a un intelletto ben fatto, e buon ragionatore. Tale dee supporsi quello del legislatore, e secondo la mente di lui però ragionevolmente presunta, deve intendersi in seguito dei tempi diversi una legge da lui stabilita, con relazione al sistema politico, ed economico, in cui trovavasi la repubblica all'età sua.

Due valenti uomini Andrea Tiraquello, e Prospero Farinaccio ci han lasciato due opere voluminose intorno la maniera, e il diritto di moderare il rigore delle leggi coll' equità; ma quanto essi dicono, e quanto può dirsi a questo proposito, tutto finalmente riducesi ad una sola regola, la quale è il complesso di un retto discernimento, e soda pietà di un dotto, e prudente giudice, il quale senza prendere ad imprestito verun sistema dalla autorità, e opinioni degli autori, che spesso non servono, che ad empire la fantasia di pregiudizj, e di storte, ed erronee ipotesi, operi, e rifletta da sè medesimo sopra giusti principj appresi da un serio esame sopra la natura delle cose, su la costituzione della umana natura, e sopra i varj rapporti dell' umana civile Società.

§. XL.

De' Magistrati.

Uomini, (per incominciare da un disordine di gran conseguenza nell' elezione dei magistrati) uo-

mini, dico, quali debbono essere coloro, che hanno a coprire le cariche della magistratura, rispettabili, e venerabili pel loro carattere, per i loro talenti, per la loro età, per la loro erudizione, e integrità, parrebbe mai convenienta, che comperar dove o a caro prezzo il privilegio, o diremo meglio, il gravissimo incarico di decidere della fortuna, e della vita degli altri sudditi? Le doti antidette, che costituiscono l'abilità di un giudice, e debbono caratterizzarlo, possono esse misurarsi su le bilancie dell'oro e dell'argento? L' incorruttibilità di un giudice potrà essa sempre resistere alla tentazione, che dee mettergli in cuore lo sborso fatto per comperarsi la carica? non vi sarà egli pericolo, che adatti a sè in pratica il detto di Seneca (1), *quæ emeris, vendere gentium jus est?* Qual impegno avrà egli di prevenire i delitti, se dai delitti medesimi trae la maniera d' indennizzarsi della grave somma, con cui si è procacciato l'impiego? Giustiniano diceva, che *pecunias ex officiis conquirere omnium flagitiorum principium est, et finis. Hinc enim nundinarum, et pubblicorum conventuum confusio: tunc legum contemptus, et magistratuum: hinc demum in rebus pubblicis malorum omnium causa, et origo.* Sa il riflesso del nostro Giustiniano sia troppo ben fondato, dicalo chi si trova cogli esempj avanti gli occhi di sì fatti pregiudizj derivati dal mercato, in cui si mettono gli ufizj, e le magistrature. Come si potrà rimediare a tali inconvenienti? Lo dirà il medesimo Giustiniano: *subit animum cogitatio, quo tandem facto quidquid uspiam in provinciis nostris noxium existit, possemus uno generali actu ad meliora traducere, et re ipsa hoc eventurum deprehendimus, si de-*

(1) *De benefic. lib* 1.

mus operam, ut gentium praesides, qui civilia in provinciis officia administrant, puris utantur manibus, et omni præda abstineant, his solis contenti quæ præbentur ex pubblico, quod quidem aliter non fiet nisi quoque ipsi officia gratuita susceperint, neque prætextu, ut vocant, suffragiorum, neque iis, qui magistratus gerunt, neque cuiquam aliis quidquam dantes. Non poteva Giustiniano parlare nè più chiaro, nè più al mio proposito. I Sovrani costituiti dagli uomini, condotti dalla necessità, e dalla natura insieme alla civile società per governarli e dirigerli all'oggetto propostosi nella istituzione medesima della socievole vita, non potendo per sè soli adempiere tutt' i doveri annessi al sublime loro officio, hanno eglino diritto di distribuire parte di questi stessi loro doveri a persone capaci, e dotate della necessaria abilità, perchè vengano adempiti. Ma se altro dovere annesso alla sovranità, quello certamente di punire i delitti, conviene che il Sovrano conferisca ad altre persone, e magistrati a lui subordinati, checchè ne dica in contrario il Carpzovio (2) colla sua gotica, e vandalica dottrina, contradicendo al Bodino. Imperocchè non par certo, che convenga alla maestà del Sovrano, ordinariamente parlando, il mischiarsi in processi criminali, e farsi autore immediato della fatal disgrazia, e rovina di un infelice, la condanna pronunziandone con quelle venerande labbra, e con quella mano segnandola, da cui venir non dovrebbero al dire di Platone, se non grazie, e beneficj, e qui aggiungasi appunto, che a lui spettando il far grazia al reo già condannato, sembrerebbe in necessità di contradire a sè

(2) *Prax. crimin. part. III. quæst. 101. n. 7.*

stesso, se a lui toccasse il dare quella sentenza, la qual poi ei volesse rescindere.

Ciò stante sopponghiamo pure, che sia dover del Sovrano il deputare persone da sè distinte all'amministrazione di uno de' suoi più solenni, più sacri, e più importanti diritti, qual è quello, di cui parliamo, e il trasferire ad altre mani la spada consegnatagli dalla repubblica a vendicare la violazione delle leggi, e difendere la pubblica, e privata sicurezza. Non saranno per questo tali persone più che ministri della suprema podestà del principe, ministri per parlare con Ulrico Ubero, che così le definisce (3) *ministri summae potestatis, ad cujus vices secundum leges in quotidiana imperandi et judicandi functione obeundas ordinaria potestate instructi*. Persone in somma, che deputate dal Principe come rappresentanti di lui persona a giudicare i privati, sono non pertanto dipendenti, e soggette al giudizio del Principe stesso, giusta il detto di quell' Imperatore filosofo Marco Aurelio (4) *magistratus de privatis, Principes de magistratibus, Deum autem de Principibus decernere et judicare* (5). Per la qual cosa io non so concepire il pensiero, secondo cui l'autore de' *delitti, e delle pene*, figurasi il magistrato in una causa criminale, come una terza persona interposta tra l'accusato, che nega il delitto appostogli, e il sovrano rappresentante la civile società, che lo asserisce. Intenderei sebbene una somigliante idea, per cui tra la persona fittizia del fisco accusatore, e quella del reo difensore di sè stesso, il magistrato

(3) *Romat. le droit publ. liv. 11. sect. 11. §. 1.*
(4) *De jure civitatis lib. III, sect. 1. cap. V. §. 10.*
(5) *Ex bodino de republ. l. 1. cap. 8. p. mihi 152.*

intramettasi, che come rappresentante il sovrano giudicar debba della verità del fatto, e della applicazione ed esecuzione della pena. Ma che il Sovrano rappresentato certamente dalla persona del giudice, il quale non pronunzia la sua sentenza, se non in vigore di tal rappresentanza, sia in lite, e conflitto seco medesimo, come rappresentante la civile società, o come toccar possa al magistrato soggetto sempre al Principe nelle sue decisioni il giudicare definitivamente di ciò, e contro ciò ancora, se così stima, che il Principe asserisce, questo è quanto non intendo. La legge, secondo cui dee giudicare il magistrato, siccome nella prima sua esistenza altro non è, che la volontà del legislatore, così nella sua successiva continuazione non è, che la volontà del Sovrano, la quale nel suo vigore la mantiene, nè per nuove elezione, o successione del Sovrano stesso si cambia. Il ministro, che dee giudicare secondo la leggo, è l'esecutore di questa volontà. Il volerlo però quasi arbitro tra il Sovrano, che asserisce il delitto, e il reo, che il nega, sembra a me cosa somigliante a quello, che sarebbe, se un esecutor testamentario pretendesse di entrare di mezzo qual giudice tra il testatore, che vuole una tal disposizione della sua eredità e le eccezioni di chi impugna, o la verità, o il valore di un tal testamento,

E qui per tener dietro all'illustre autore dell'opera sì spesso mentovata de' *delitti. e delle pene*, la riflessione del celebre Niccolò Machiavelli (6), che pochi sono corrotti da pochi, parlando delle persone, che compongono un magistrato, prova ottimamente il vantaggio di stabilire per giudice un as-

(6) *Discorsi sopra la prima decade di Tito Livio lib* 1. *cap* 7.

semblea composta di più persona. Non posso però convenire nel progetto, che tali persone sieno pari, quanto alla condizione quelle, che debbono essere giudicate. Troppo è giusto, che dove si tratta della libertà, e della fortuna d' un cittadino, debbano tacere i sentimenti ispirati dalla disuguaglianza, e dalla superiorità, e sdegno con cui l'uomo di qualità riguarda l'inferiore, e dall'invidia, e dispetto, con cui da questo quello è riguardato. Questo non altronde si otterrà finalmente, che dalla probità, e dalla prudenza de' giudici, i quali non facciano parlare, che le leggi, e la verità, qualunque sia la differenza della lor condizione da quella delle persone, delle quali hanno a giudicare. Faccia l' educazione, che coloro, i quali la fortuna fà nascere grandi, e in mezzo agli agi, e alle memorie gloriose de' loro antenati, sappiano di non essere tali, che per vieppiù essere utili alla società, giovare, e sollevare l' umanità, compatire, e alleggerire le miserie altrui, e non avrassi ragione di temere i pregiudizj del fasto, che non è pascolo, se non di spiriti leggieri, male allevati, e pieni di frivolezza.

Per altro occorrendo pur sovente di doversi trattar cause di bassa, e vil gente di contado, avranno dunque a chiamarsi dalle lor ville, e faccende a sedere, e decidere ne' tribunali uomini di somigliante schiatta, ed estrazione? Oh il bel consesso, e il bello spettacolo, che sarebbe questo a vedersi! Povere leggi fra le mani incallite di cotesti giudici, come sareste concie! Che eccellenti giudizj si udirebbero! Non sarebbe mal pensato un tal sistema, direbbe Cicerone (7), *si quantum in agro, locisque desertis audacia potest, tantum in foro, atque in ju-*

(7) *In oratione pro Caecina in princ*

dicns impudentia valeret. Ben si vede, che non ha avuto mai la disgrazia di trovarsi presente a parari, a giudizj, che sortono da simil fatta di gente, comecchè frammischiata a persone dotte, illuminate, a saggie, chi si è lasciato cadere in mente tal bizzarro pensiero. Io vuò crederlo, proposto per ischerzo, anzi che con altro intendimento; poichè a parlar seriamente. *An quidquam stultius est,* direbbe pur qui M. Tullio, *quam quos singulos contemnas, eos aliquid putare esse universos.* Presso i Romani furono i magistrati alcuna volta levati dall' aratro; ma oltre che questo avvenne ne' primitivi tempi della repubblica, allorchè la necessità così richiedeva; que' bifolchi erano uomini versati nella prudenza civile, e ben istrutti di essa prima, che assuefatti alla marra. Sarebbe pure lodevol cosa anche in oggi, ma non è sperabile, che i più accreditati cittadini per senno, o amministrazione di cariche, dopo aver atteso alle pubbliche loro incombenze, ai fondi delle private lor rendite, l' animo volgessero, e la cura, a ad animare con la personale lor presenza, e con l' esempio l' iodustria de' loro agricoltori. Oltre il frutto, che ne ritrarebbon per se, e per il pubblico ancora, a cui torna sempre in vantaggio il mantenersi in buon nerbo di entrate li particolari per isplendore di lor condizione riguardevoli, diverrebbono essi più sensibili a' travagli, a alle fatiche de' poveri lavoratori, e penserebbono a render loro men penosa la vita; onde sollevati dal disprezzo, e dalla oppressione meglio animati restassero a concorrere con le lor braccia al bene dello stato. Troverebbono essi medesimi tra le domestiche, e rurali lor faccende, ozio opportuno a rendersi più eruditi, e più abili a sostenere con lode, e comune approvaziona nuovi pubblici impieghi, che loro vengano addossati.

Torniamo qui all' assurdo toccato al principio di questo paragrafo, che troppo preme a mio parere l'inculcarlo, e non sia inutile, o disdicevole alla serietà dell' argomento una piacevole storiella. *Io vado Pretore in Grecia*, disse già un non so chi al celebre filosofo Stoico Epitatto, che quando era schiavo col corpo, e per la sua condizione, era altrettanto più libero di animo; *tu Pretore?* rispose Epitetto, *e sai tu giudicare? Ove hai tu appresa questa scienza? Io ho la credenziale da Cesare*, soggiunse l altro; *ma se Cesare*, replicò il filosofo, *ti avesse data una credenziale per farti giudice della musica, tuttochè tu non ne abbia la menoma cognizione, che ne faresti? A cosa ti servirebbe essa? Ma non finiscono qui le mie interrogazioni*, proseguì lo stoico, *vorrei sapere, per quali strade hai tu ottenuta questa carica? Chi te l' ha procurata, quali mezzi tu hai usato, quanto danaro ti costa essa? Io non usai*, segue il Pretore novello, *altre strade, e altri mezzi, che di esibire più di quello, che da altri era offerto per comperar la carica, e siccome molti erano i concorrenti, così mi è convenuto di fare una grossa spesa per conseguir l' intento, e spero di rifarmi*. Così avvenne; andò a coprire il comperato impiego, usò estorsioni, e vendette, e mise all' incanto la giustizia, a manomettendo le leggi, divenne un secondo Verre. Fu accusato cotesto Pretore presso Cesare, ma nulla si ottenne, forse fu l avviso di Alessandro Severo, *necesse est ut qui emit, vendat*, per il quale lo stesso Imperadore diceva già, *ego non patiar mercatores potestatum, quos si patiar, damnare non possim, erubesco enim punire eum hominem, qui emit et vendit*. Deplorò questo abuso, e con esso i perniciosissimi effetti, che ne provengono, anche a suoi

giorni S. Giovanni Grisostomo, *dignitates factæ sunt venales: mille hinc damna nascuntur, et tamen nemo est, qui corrigat, nemo qui reprehendat, sed viam quamdam atque sequelam nacta est hæc merces.* Una sordida avarizia rende pur troppo facilmente il giudice prevaricatore, e vale a dire un giudice, che rovescia, e distrugge le leggi, delude la provvidenza del legislatore, e calpesta l' autorità del Sovrano. Le storie non accusano di accessiva crudeltà il castigo, che Cambise Re di Persia diede ad un giudice di tal sorta coe ordinare, cha fosse vivo scorticato, e dell' infame pelle, coperta se ne facesse alla sedia del tribunale, affinchè servisse a' successori di terrore, e avviso per non lasciarsi corrompere a danno della giustizia. Tali, e non dissimiglianti esemplari castighi, come non fa bisogno, che si propongano a persone per sapere distinte, e per disinteresse, e onoratezza incorrotte, così non bastano a frenare l' ingordigia insaziabile di un animo guasto. L' unico scampo ancora, che rimane talvolta agli oppressi dall' ingiustizia, cioè l' accesso a tribunali maggiori, od anche al trono del Principe, trova ben ella la malizia, e i mezzi da impedirlo, e sa tradi da' suoi delitti medesimi, cioè dal danaro con estorsioni ammassato.

§. XLI.

Degli asili.

Fa maraviglia, che in un sistema spirante tutto mansuetudine e dolcezza verso i delinquenti, qual è quello del libro dei *delitti*, e delle *pene* disapprovinsi tutti indistintamente i luoghi di asilo. Il principio in fatti assunto dall' autore in questo punto

è universale; ed è, che dentro i confini d' un paese non vi dev' essere luogo indipendente dalle leggi. Dove, dico in primo luogo, che l'universalità delle leggi non toglie certamente al Sovrano la facoltà di poter per giusti e gravi motivi esimere con ispecial privilegio da alcune di esse qualche particolar persona, o qualche luogo entro i suoi stati compreso. La cosa parla da sè, ed è sol da vedere, se un tal privilegio in vigor del quale abbiano franchigia alcuni rei in certi determinati luoghi, sia per autorità del Sovrano a' detti luoghi accordato, e se giusti, e gravi motivi sian quelli, onde si mosse il Sovrano ad accordarlo. Dico in secondo luogo, che sotto il nome di leggi, alle quali tutti debbano conformarsi, vogliono intendersi non solamente le leggi civili d' uno stato, ma le canoniche ancora in quello stato ammesse, e vegliant. Ciò supposto che per disposizione di leggi canoniche prestino asilo di sicurezza ad alcuni rei le Chiese, e luoghi sacri, e cosa troppo chiara da' sacri canoni, e Pontificie costituzioni (1); ed è indubitato parimenti essere tuttavia queste leggi nel suo vigore negli stati Cattolici, come che con qualche moderazione concedute dalla Chiesa medesima secondo la varietà, e l' esigenze delle circostanze, e dei tempi. Nè però può dirsi assolutamente, e senza restrizione, che tali luoghi siano indipendenti dalle leggi, o indipendente dalle medesime tal loro prerogativa. Autorizza, come è noto, e può vedersi, *t. t. c. de iis qui ad ecclesias confugiunt*, cotesti asili il gius civile. Il motivo giustissimo di tal concessione, a cui dee cedere ogni riflesso politico, che possa immaginarsi in contrario, è il ri-

(1) *Inter alia de immun. Eccles c. id constituimus. 17 q. 4. const Greg XVI. cum aliis*

spetto dovuto a' luoghi destinati privativamente al Divin culto, ne' quali quasi in propria sua sede, e abitazione sulla terra vuol essere onorato Iddio co' suoi Santi, che ivi pure gli fan corte; come apparisce dal tenore stesso delle leggi accennate, e più espressamente in un capitolare di Carlo magno, ove alla probizione di estrarre i rei dalle Chiese si dà la ragione: *ut honor Dei, et Sanctorum ejus conservetur* motivo giustissimo, io dico, poichè tanto è conforme un tal rispetto a' luoghi sacri, che come va dimostrando lungamente, ed eruditamente il Covarruvia, i gentili stessi l' usarono assai comunemente a' templi delle profane loro Divinità (2). E quel che più rileva Iddio pure ordinollo, se mal non mi appongo, oltre le città di rifugio, nell' antica legge per riguardo al santo suo Tempio di Gerosolima. Traggo questa mia asserzione in prima dal capo secondo dell' Esodo, in cui sta scritto: *si quis per industriam occiderit proximum suum, et per insidias, ab altari meo evelles eum, ut moriatur*. Imperocchè a non esser questa un' intimazione affatto inutile, altro non può dirsi, per mio avviso, se non che essa sia una eccezione, per cui dal godere l' asilo stabilito con regola generale per altri delitti, escludasi l' omicidio premeditato, e proditorio. Traggo parimente la detta asserzione dalla comune persuasione di tal franchigia, che dovea essere nel popolo Ebreo, per la quale è da credere, che si ricoverasse Adonia nel Tempio per sottrarsi dal furor temuto di Salomone, e che al Santuario pure avesse ricorso Gioabbo, non riflettendo, come suol avvenire in una gran turbazione, che il suo caso di due omicidj si qualificava per aperto tradimento a cagione dell' eccezione an-

(2) *L. 2 variar. resol. c. 20.*

tidetta salvar nol poteva, onde infatti il sapientissimo Monarca nel luogo santo medesimo il fece inesorabilmente trucidare qual vittima per ogni modo dovuta all' umana, e divina giustizia, e più piacente, e grata all' Altissimo, che le consuete ad offerirglisi col sangue degli svenati armenti.

Non è per altro propriamente nè di diritto naturale, come alcuni han preteso, nè di diritto divino nella legge nuova, come ha opinato qualch' altro, l' asilo delle Chiese. Poichè sì bene in genere detta il lume naturle, che abbiansi in riverenza i luoghi sacri, ma non ispecifica come lor dovuto il riguardo di cui parliamo; e per asserirlo di precetto divino nella nuova legge, nè testo veruno abbiamo nelle divine scritture, nè Apostolica tradizione, nè dichiarazione della Chiesa. Ma è però per la sua stessa antichità rispettabile, e sì antico, che n' è ignota la prima origine, la quale vuol prendersi assai probabilmente fin dal tempo, in cui per concessione del gran Costantino, cominciaronsi a fabbricare, e sacrare a Dio con solenne dedicazione pubbliche Chiese. Di tal loro prerogativa infatti trovasi non lungi da quella età chiara menzione presso i Santi Gregorio Nazianzeno, e Ambrogio (3).

Stimò l Imperatore Arcadio di poter toghere di sua autorità tal diritto a' Sacri Templi, e 'l tolse con sua legge a persuasione di Eutropio, come può vedersi nell invettiva eloquentissima, che fà S. Gio. Grisostomo contro quel ministro primo autore della detta ordinazione. Ma essa non ebbe effetto, come l'attestano Niceforo, e Socrate, e che non l avesse dovette pur egli lo stesso Eutropio, o desiderarlo, o goderne, allorchè caduto poco dopo in disgrazia

(3) *Naz. orat. XXIV, Ambr. epist. XXXV.*

dell' Imperatore a cercare impunità de' suoi misfatti corse agli altari. Più saggiamente altri principi Cristiani, riflettendo, che in ciò, che a religione si attiene, dipender debbono anch' essi dal sommo pastor della Chiesa, qualora a cagione della moltiplicazione dei luoghi sacri, o per altro stimarono di doversi moderare la legge degli asili, nol fecero, se non col consenso della sede Apostolica. Nel che chiarissimo esempio ne ha dato a' di nostri l' augusta regnante Regina, e Imperatrice *Maria Teresa*, la quale quanto illuminata per l' eccelso suo intendimento, e applicazione indefessa al governo politico de' vasti suoi stati a conoscere la necessità di ristringere entro certi limiti il diritto de' sacri asili, tanto sommessa per l' esimia sua pietà agli oracoli del Vaticano, non volle sopra ciò dare da sè gl' ideati opportuni provvedimenti, ma proposeli, e consultolli colla Santità di Benedetto XIV. di gloriosa memoria, il quale con sua bolla de' 5. maggio 1758, divisa in XXXVI. articoli stabilì su questo particolare un distinto, e discretissimo regolamento alle circostanze proporzionato del tempo presente.

Tolga pur dunque il Sovrano con forte braccio asili, se ve n' ha, o con illegittima consuetudine introdotti, o a titolo preteso di sognati privilegi, o usurpati dalla violenza, e dalla prepotenza sostenuti. Questi sono i luoghi, che fannosi contro ragione dalle leggi indipendenti, e tolgono sì al legislatore suo malgrado, sì alle particolari persone. che furono offese, e alla repubblica il diritto di esigere dai delinquenti la dovuta soddisfazione. Son questi altrettante porzioni di sovranità smembrate, e sottratte al legittimo principe; il quale può ben cedere di buona voglia a Dio, e al di lui culto quella piccola parte del suo stato, che è da' sacri luoghi oc-

copata, ma non così altra qualunque parte al capriccio, e alla usurpazione, o di un suddito, o di un rivale. La confusione, e lo sconcerto del pubblico buon ordine e il fomento de' malvagi a tramarne, e a intraprendere ogni più esecrabil misfatto sulla fidanza di una via aperta e facile all'impunità, sono conseguenze imprescindibili di somiglianti introduzioni, le quali non possono di lunga mano temersi dall' immunità ristretta a'luoghi sacri, che non ammettono a sicurezza, e sotto la lor protezione, se non *umani generis infirmitatem* (4), per parlare colla frase di Giustiniano, cioè coloro, che rei sonosi fatti veramente, ma per impeto, e trasporto di subitanea passione pur troppo naturale all' umana fragilità; e sono però meritevoli, e vero, di pena anche grave, ma insieme non indegni di qualche compatimento; e coloro non mai, che per pura, e fina malizia, e con premeditato consiglio siansi quasi a sangue freddo condotti ad eccessi, che alla pubblica tranquillità, e pace si oppongono: per non dir nulla qui di altri casi, a' quali non si estende l' immunità de' luoghi sacri, o secondo la primitiva sua istituzione, o secondo le modificazioni in progresso di tempo sopravvenute. Per le quali cose nè il popolo, nè il provvidentissimo Iddio, da cui trar voglionsi immediatamente l' istituzione del Principato, è mai da credere, che abbiano autorizzato il Principe stesso, o ad erigere senza gravissimi motivi fissati profani asili in mezzo alla società, o a riguardarli con occhio indifferente, e tollerarli.

(4) *Novell* 134. *cap.* 13.

Ho detto in questa mia opericciuola più di quel che bisognava allo scopo da principio propostomi; e meno di quel che richiedevano le acque materie, in cui mi sono quasi per istrada avvenuto. Mi arrestano ora altre mie cure. Quel che manca a questi miei fogli, può trovarlo agevolmente il lettore da altre penne trattato assai più della mia erudite. Spero, che il tempo mi darà una volta quell' agio, che non ho al presente di trattenermi in rispettosa amichevol disputa intorno alcune altre proposizioni del libro de' *delitti*, e *delle pene*. Intanto chi ha letto quell' opera, e degnerà d' un' occhiata questa mia, vedrà ciò, che a Marco Bruto scriveva Cicerone di sè al confronto del greco oratore Demostene: *illum multa perficere*, *nos conari*, *illum posse*, *nos velle*; e sa darà la dovuta lode a quel degno scrittore, mi lusingo, che non disapproverà la buona intenzione di giovare al pubblico, che me pure ha spinto a mettere in carta intorno alla criminale giurisprudenza alcuni miei sentimenti.

A' riveriti tribunali poi, e magistrati, e molto più a Principi Sovrani, da' quali vuolsi aspettare la legge, e non darla, io mi dichiaro, che non ho preteso mai di erigermi a riformatore del modo, che tengasi nelle criminali giudicature, ma sol di proporre, e rassegnare con profondo rispetto al sublime loro intendimento, que' pochi rilievi, che sonosi alla mente affacciati di un oscuro, e privato filosofo; ciò che tanto più di buon animo ho io preso a fare, quanto che la filosofia co' suoi dettami alla umanità più favorevoli vedesi entrata oramai a di nostri ne' cuori, e ne' ceti più illustri, e riguardevoli; anzi giunta a mettere piede su' tro-

ni più luminosi, e a sedere in essi donna, e legislatrice accanto delle più auguste corone. Che se ad alcuno tribunale, dove qualche rozzezza rimanga tuttora, e prevalgano i pregiudizj de' tempi andati, avrà la sorte la presente mia diceria d' ingerire sensi più miti, mi terrò ben pago della intrapresa fatica; e se giungesse ella mai a liberar dalla morte anche un sol meschino di tanto non meritevole, paraumi non senza gran piacere di avere giustamente meritata quella civica onorevol corona, con cui premiavano i romani chi salvata avesse la vita ad un cittadino.

FINE DEL TOMO QUARTO

INDICE

DE' PARAGRAFI CONTENUTI

NEL QUARTO VOLUME